

MARIANA CARNAES FERREIRA TONETTI

**Acordos Administrativos: análise dos parâmetros normativos da
consensualidade e da segurança jurídica**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

VERSÃO CORRIGIDA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

MARIANA CARNAES FERREIRA TONETTI

**Acordos Administrativos: análise dos parâmetros normativos da
consensualidade e da segurança jurídica**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado (DES), sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Carnaes Ferreira Tonetti, Mariana

Acordos Administrativos: análise dos parâmetros normativos da consensualidade e da segurança jurídica ; Mariana Carnaes Ferreira Tonetti ; orientador Gustavo Henrique Justino de Oliveira -- São Paulo, 2021.

277

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Acordos Administrativos. 2. Processo Administrativo Negocial. 3. Devido Processo Legal Consensual. 4. Consensualidade. 5. Segurança Jurídica.
I. Justino de Oliveira, Gustavo Henrique, orient.
II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: TONETTI, Mariana Carnaes Ferreira.

Título: Acordos Administrativos: análise dos parâmetros normativos da consensualidade e da segurança jurídica

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado (DES).

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora:

Presidente (Orientador): Professor Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Não se pode subestimar a importância dos agradecimentos. Eles mostram que nenhum trabalho se constrói sozinho, mas conta, sim, com a ajuda de muitos, que, no limite de suas capacidades, recolhem as pedras, aplainam a terra, pavimentam o caminho e fornecem alimento para que autor tenha força para finalizá-lo.

Agradeço primeiramente ao Professor Gustavo Justino de Oliveira, meu orientador e responsável pelos melhores créditos acadêmicos que tive o privilégio de cursar. Obrigada por incentivar um olhar contemporâneo ao Direito Administrativo, sempre atado à realidade. Espero que meu esforço faça jus à sua dedicação aos seus alunos e aos seus orientandos.

Agradeço aos Professores Marcos Augusto Perez, Rodrigo Pagani de Souza, Felipe Faiwichow Estefam, José Sérgio da Silva Cirstóvam e Ricardo Maurício Freire Soares, pelas contribuições cirúrgicas a este trabalho, que tanto o enriqueceram. Ao Professor Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, que gentilmente aceitou me orientar na Universidade de Lisboa – plano interrompido por motivos alheios a nossa vontade. Ao Professor Daniele Senzani, pela paciência e gentileza de me conceder acesso à Universidade de Bologna. Ao Professor Fernando Menezes, pela oportunidade de pesquisar nas bibliotecas de Paris e Lyon. A todos os demais doutrinadores de quem pude beber na fonte que inspirou a presente tese.

Obrigada a todos os meus amigos e colegas de jornada (cuja citação nominal não caberia nestas páginas), sabedores da luta diária que é elaborar um trabalho acadêmico, pelo privilégio de formar um círculo tão heterogêneo e interessante de fazer parte.

Aos meus alunos, por sempre me lembrarem que a aprendizagem é um círculo, jamais uma reta.

Aos amigos da Claro, agradeço pelo apoio e pela forte torcida.

Aos meus familiares e amigos íntimos, por minhas reiteradas ausências tão bem compreendidas.

Aos meus amados pais, João e Elisabeth, minha base e fortaleza, pelo incansável e incondicional apoio. Minha eterna gratidão.

Ao Rafael, a quem devo absolutamente tudo. Sem você, esta aventura sequer teria iniciado.

Ao meu amor incondicional chamado Marcela, lhe dedico este pequeno legado, na
esperança de que seja fonte de orgulho e inspiração.

RESUMO

TONETTI, Mariana Carnaes Ferreira. **Acordos Administrativos: análise dos parâmetros normativos da consensualidade e da segurança jurídica**. 2021. 277 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

A presente tese tem como objetivo sugerir a criação de uma matriz processual negocial capaz de pautar a conduta da Administração Pública e do particular quando insertos em uma seara de concertação. Apesar do reconhecimento quanto à possibilidade de uma atividade pública concertada – especialmente com o permissivo genérico contido no Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018 –, é notória a manutenção de cenários que não se coadunam com um ambiente consensual. Tais cenários, que serão avaliados um a um, revelam-se desafios à realização de uma verdadeira consensualidade, os quais devem ser superados por meio da implementação da citada matriz. Partindo da premissa de que toda atividade pública obedece a um rito específico, é chegado o momento de enxergar o consensualismo não apenas através de seus instrumentos, mas também como uma forma de agir das partes. Portanto, a consensualidade passa a ser estudada dentro do processo, ou seja, dentro do itinerário trilhado que culminará na celebração do acordo administrativo, com a instituição de balizas que implementem uma negociação colaborativa, paritária e criativa. Trata-se de institucionalizar a negociação, garantindo que ela ocorra a partir de parâmetros claros e previamente definidos, que confirmem legitimidade aos acordos administrativos e que fortaleçam a consensualidade. Nada obstante serem regras formais, essas balizas não influenciarão na flexibilidade ínsita ao contexto consensual, mas conferirão maior eficiência aos acordos administrativos e segurança jurídica às partes negociantes.

Palavras-Chave: Acordos Administrativos. Processo Administrativo Negocial. Devido Processo Legal Consensual. Consensualidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

TONETTI, Mariana Carnaes Ferreira. **Administrative Agreements: analysis of the normative parameters of consensuality and legal certainty**. 2021. 277 p. Doctorate – Faculty of Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo, 2021.

This thesis aims to propose the creation of a consensual procedural matrix capable of guiding the conduct of public administration and private parties when inserted in a consensual field. Despite the recognition of the possibility of a concerted public activity - through the insertion of the permissive in Decree-Law No. 4.657 / 1942, by Law No. 13.655 / 2018 - it is clear that an attitude is maintained that is not in accordance with a consensual environment. This represents a series of challenges to the implementation of a real consensus, which will be studied one by one. Considering that every public activity obeys a specific itinerary, the time has come to understand the public consensualism not only through its instruments, but also as a way of behavior of the parties. Therefore, consensualism is also seen inside the administrative process, the itinerary that will lead to the conclusion of the administrative agreement, with the establishment of objectives implementing a collaborative, creative and equal negotiation. It is a matter of institutionalizing the negotiation, guaranteeing the respect of previously defined parameters, that gives legitimacy to administrative agreements and that strengthen the consensus. Despite being formal rules, they will not influence the flexibility inherent in the consensual scenario, then will give more efficiency to administrative agreements and greater legal certainty for the negotiating parties.

Key Words: Administrative Agreements. Consensual Administrative Process. Consensual Due Process of Law. Consensus. Legal Certainty.

RESUMÉ

TONETTI, Mariana Carnaes Ferreira. **Accords administratifs: analyse des paramètres normatifs de consensualité et de sécurité juridique**. 2021. 277 p. Doctorat – Faculté de Droit, Université de Sao Paulo, São Paulo, 2021.

La présente thèse vise à proposer la création d'une matrice procédurale consensuelle capable de guider la conduite de l'administration publique et privée lorsqu'elle est insérée dans un champ consensuel. Malgré la reconnaissance de la possibilité d'une activité publique concertée - en particulier avec l'insertion du générique permissif dans le décret-loi n ° 4.657 / 1942, tel que modifié par la loi n ° 13.655 / 2018 - il est clair qu'une attitude est maintenue que n'est pas en accord avec un environnement de concertation. Ça se révèle comme un défi à la mise en œuvre d'un véritable consensus, c'est qui sera étudié un par un. En partant du principe que toute activité publique obéit à un rite spécifique, le moment est venu de voir le consensualisme non seulement à travers ses instruments, mais aussi comme une manière d'agir des parties. Par conséquent, la consensualité commence à être étudiée dans le processus, c'est-à-dire dans l'itinéraire qui aboutira à la conclusion de l'accord administratif, avec l'établissement d'objectifs mettant en œuvre une négociation collaborative, égale et créative. Il s'agit d'institutionnaliser la négociation, de garantir le respect de paramètres préalablement définis qui donnent légitimité aux accords administratifs et qui renforcent le consensus. Bien qu'elles soient des règles formelles, elles n'influenceront pas la flexibilité inhérente au scénario consensuel, puis donneront plus d'efficacité aux accords administratifs et une plus grande sécurité juridique pour les parties par rapport à la négociation.

Mots clés: Accords Administratifs. Procedure Administratif Consensuel. Consensuel Due Process. Consensualité. Sécurité Juridique.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União
AIR – Análise de Impacto Regulatório
Anac – Agência Nacional de Aviação Civil
Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações
Ancine – Agência Nacional do Cinema
Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS – Agência Nacional de Saúde
Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CGU – Controladoria Geral da União
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CNRH – Conselho Nacional de Recursos Hídricos
Coaf – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DEST - Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP – Ministério Público
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
STF – Supremo Tribunal Federal
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 DO ATO ADMINISTRATIVO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL	25
1.1 DA ATUAÇÃO VERTICALIZADA ATRAVÉS DE ATOS ADMINISTRATIVOS À CONCERTAÇÃO ADMINISTRATIVA VIA ACORDOS.....	25
1.1.1 <i>Do ato ao processo administrativo</i>	25
1.1.2 <i>Do processo administrativo ao consensualismo</i>	40
1.2 PROCESSO E ACORDO ADMINISTRATIVO: CONVERGÊNCIA.....	53
1.2.1 <i>Processo e acordo como garantia à democracia participativa</i>	56
1.2.2 <i>Processo e acordo como instrumentos de coerência e enforcement administrativo</i>	59
1.2.3 <i>Processo e acordo como garantia à segurança jurídica e equidade</i>	61
1.3. PROCESSO E ACORDO: O ELO PERDIDO.....	68
1.3.1 <i>A base para a mudança: as alterações na LINDB promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018</i>	74
1.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL: UMA MATRIZ.....	77
1.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO.....	90
2 OS DESAFIOS ATINENTES AOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS.....	91
2.1 OS DESAFIOS ATINENTES À POSTURA ADVERSARIAL DAS PARTES	91
2.1.1 <i>Falta de confiança entre as partes</i>	96
2.1.2 <i>O baixo fluxo de informações entre as partes</i>	101
2.1.3 <i>A falta de sinergia entre as partes</i>	105
2.2 OS DESAFIOS ADVINDOS DO EXERCÍCIO IMPOSITIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	110
2.2.1 <i>A falta de negociação: os acordos por adesão</i>	113
2.2.2 <i>O efeito torção de braço (the arm-twisting effect)</i>	120
2.3 OS DESAFIOS DE CONTROLE DO ACORDO ADMINISTRATIVO.....	125
2.3.1 <i>A difícil tarefa de controlar a negociação</i>	126
2.3.2 <i>O plurissubjetivismo negocial</i>	130
2.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO.....	132

3 SUPERANDO DESAFIOS: SUGESTÕES PARA UMA MATRIZ PROCESSUAL NEGOCIAL	133
3.1 A PRÁTICA CONSENSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE	133
3.2 A COMPOSIÇÃO DA MATRIZ: DELINEAMENTOS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL NEGOCIAL	136
3.2.1 <i>O tempo da negociação</i>	148
3.3. DEMAIS CARACTERÍSTICAS QUE COMPÕEM A MATRIZ PROCESSUAL NEGOCIAL	151
3.3.1 <i>O dever de colaboração</i>	151
3.3.2 <i>A construção conjunta das soluções</i>	161
3.3.3 <i>A paridade possível</i>	175
3.3.4 <i>As soluções criativas</i>	181
3.3.5 <i>A influência de terceiros</i>	188
3.4 DA RELAÇÃO DE CONTROLE.....	193
3.4.1 <i>A participação das autoridades administrativas de controle na celebração do acordo</i>	194
3.4.2 <i>Tratamento para a opacidade: o impacto nos acordos informais</i>	198
3.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO.....	202
4 A MATRIZ DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL	203
4.1 PARA ALÉM DO QUE JÁ FOI DITO: A IMPORTANTE NORMATIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL.....	203
4.1.1 <i>Tendência ao implemento da regulação responsiva: incentivo para criação da matriz negocial</i>	205
4.1.2 <i>Flexibilidade versus regras processuais: risco à eficiência administrativa?</i> .	210
4.2 MATRIZ POR STANDARDS NORMATIVOS	212
4.2.1 <i>Histórico orientador da regência por standards</i>	214
4.2.1.1 <i>A constitucionalização do Direito</i>	214
4.2.1.2 <i>Adoção do método da nova governança pública</i>	216
4.2.1.3 <i>Aproximação dos sistemas da civil law e da common law</i>	218
4.2.1.4 <i>A emergência de um Direito Global</i>	220
4.2.2 <i>O desafio da regência por standards normativos</i>	221
4.3 A FORMALIZAÇÃO DA MATRIZ.....	224
4.3.1 <i>A difícil superação do legalismo formal</i>	225
4.3.2 <i>Normativos infralegais: atuação setORIZADA e cura para o déficit democrático</i>	230

4.3.3 <i>Os métodos soft: autorregulação e códigos interna corporis</i>	236
4.4 EXISTE SOLUÇÃO ÓTIMA PARA A FORMALIZAÇÃO DA MATRIZ NEGOCIAL?	241
4.5 DA PROPOSTA DE NORMATIZAÇÃO	243
4.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO.....	246
CONCLUSÃO.....	247
REFERÊNCIAS	253

INTRODUÇÃO

A presente tese intenta instituir balizas formais que melhor direcionem a negociação da Administração Pública em prol de um desfecho concertado mais eficiente. A parametrização da negociação confere a ela um caráter jurídico que a protege e que protege o próprio acordo administrativo que dela pode derivar. A proposta pretende fortalecer o consensualismo e o instituto do acordo administrativo através da legitimação do procedimento negocial. Isso impede que o acordo seja interpretado como um desvio à atividade administrativa – no sentido de ser um possível arranjo mal-intencionado – pois a própria negociação será reconhecida normativamente como uma atividade administrativa legítima e que confere respaldo ao acordo administrativo.

Portanto, o estudo já parte do pressuposto de que é possível à Administração Pública acordar – especialmente em razão do artigo 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, inserido pela Lei nº 13.655/2018 – pautando sua análise no tempo-espaço contido entre a decisão de firmar o acordo administrativo e a sua efetiva celebração.

As principais questões abordadas ao longo do presente estudo são as seguintes: (I) É possível convergir a rigidez do processo com a flexibilidade dos acordos? (II) Quais os principais desafios enfrentados ao acordar com a Administração Pública que podem ser superados através de balizas processuais? (III) Quais os principais aspectos do processualismo negocial? (IV) Qual o meio de formalização dessas regras formais?

Inúmeros são os tipos de acordo administrativo¹ e mais extensas ainda são as searas de negociação². Contudo, pouco é falado sobre a prática da negociação: quais são os ditames

¹ “De lá para cá [...] foram surgindo diversos outros tipos de acordos administrativos, nominados e inominados, ferradores de direitos, deveres e obrigações entre órgãos e entes públicos entre si, ou entre estes e os particulares.” O autor cita, sem pretender esgotar as previsões normativas, os seguintes acordos: “a) Acordos expropriatórios previstos no Decreto-Lei 3.365/1941; b) Termos de ajustamento de conduta nas leis federais 6.385/1976, 7.347/1985 e 9.656/1998; c) Acordos no âmbito do CADE, segundo a Lei federal 12.529/2011; d) acordos de leniência, da Lei federal 12.846/2013; e) Acordos administrativos com o Terceiro Setor, das Leis federais 9.637/1998, 9.799/1999, 13.019/2014; g) Protocolos de intenção da Lei federal 11.107/2015; h) Acordos administrativos endoprocessuais e endocontratuais das Leis federais 8.666/93, 8.987/95, 11.079/2004; i) Acordos administrativos em empresas no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos da Lei federal 12.305/2010; j) Acordos ambientais interfederativos da Lei complementar 140/2011” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil*. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **Direito Administrativo na Atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 523-524).

² “Todavia e muito embora nem sempre nos apercebamos disso, relacionamentos com autoridades públicas expressam séries intermináveis de negociações. Isso é natural. Negociamos todos os dias, nos mais variados cenários e com inúmeros agentes públicos. Isso se dá desde débitos tributários até acordos de leniência,

que a negociação deve respeitar; como as partes devem se portar; qual o peso ou a importância das propostas apresentadas pelas partes; se há tempo certo para a negociação; qual o nível de controle da negociação. Ademais, nada obstante existir robusta expectativa sobre a implementação de uma gestão pública concertada, são reconhecidos os desafios que podem ser enfrentados ao lidar com a Administração Pública em uma seara negocial, mesmo diante das positivas modificações normativas promovidas na LINDB.

O estudo dará ênfase às relações travadas entre os agentes públicos e os particulares, por considerar que os desafios ocorrem principalmente (mas não exclusivamente) nesse contexto.

Partindo dessa premissa, a tese se restringirá às negociações promovidas em âmbito regulatório³. Historicamente, as Agências Reguladoras adotam método de gestão atinente à lógica vertical de comando e controle, cujas condutas diferem da postura que se deve ter na seara da concertação. Entretanto, nota-se movimento que trabalha em prol dos acordos administrativos: avolumam-se as propostas de acordos substitutivos de sanção, além da implementação da chamada regulação responsiva que, de um lado, conta com a participação ativa dos administrados na feitura do regulamento – ou dos manuais de implementação desses regulamentos – e, de outro, prefere a celebração de acordos anteriores à instauração de processos para apuração de descumprimentos. Somados a isso, o contato constante e dinâmico existente entre regulador e regulado, assim como o controle ao qual se submetem os agentes públicos negociadores, são fatores que também contribuem para a instituição de um cenário favorável à negociação dos acordos administrativos.

Com vistas a não inflar desnecessariamente o arcabouço jurídico, fez-se uma análise normativa buscando prévia existência de regras formais que já balizassem a conduta das partes em âmbito negocial. Nesse contexto, em adição à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), à Lei nº 9.784/1999 e à Constituição Federal, optou-se por avaliar a lei das agências reguladoras (Lei nº 13.848/2019), as leis que instituíram cada uma

passando pelos procedimentos de manifestação de interesse. Também os pregões eletrônicos são negociações plurissubjetivas, nas quais a administração faz com que os interessados concorram entre si, uns a pautar as propostas dos outros. Igualmente, o momento das férias dos servidores distribui benefícios que não podem ser livremente concedidos. Se pensarmos na Operação Lava Jato, estamos a cogitar de técnicas para obter informações que ancorem a discussão e permitam alavancar acordos.” (MOREIRA, Egon Bockmann. Sentando-se à mesa de negociação com autoridades públicas. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020c. p. 23.)

³ O recorte se dá para fins acadêmicos e de restrição do estudo, e por isso não serão abordados os métodos de negociação aplicados na Administração Pública Direta, como ocorre nas Câmaras de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF).

das agências reguladoras e seus serviços correlatos⁴, o regulamento interno de cada uma dessas autarquias especiais, assim como os normativos específicos de cada agência que contivessem previsão de instrumentos consensuais firmados pelas entidades⁵, na tentativa de extrair regras negociais. Ademais, foram eleitas leis processuais de cinco países – Alemanha, Espanha, Itália, França e Portugal –, cujo conteúdo pode inspirar alterações no arcabouço normativo pátrio.

O primeiro capítulo tem a intenção de demonstrar ser possível conferir tratamento processual à atividade negocial que culmina em um acordo administrativo. Ele traça uma linha do tempo que parte do ato administrativo, perpassa pelo processo administrativo e chega ao movimento consensual, avaliando as origens e razões da evolução do Direito e do modo de gestão pública. Pondera que a Lei nº 13.655/2018, modificadora da LINDB, inaugurou uma nova forma de conduta estatal, abrindo espaço para lapidar ainda mais os contatos público-privados. Somada a isso, tem-se a premissa de que toda função administrativa obedece a um rito específico, o que garante a construção de uma matriz processual voltada ao consenso e que balize a negociação promovida pela Administração Pública.

O segundo capítulo demonstra a razão da criação de uma matriz processual negocial, elencando um rol não exaustivo de desafios que podem ser encontrados quando se intenta negociar um acordo administrativo com a Administração Pública. Tais desafios são organizados em três grupos: (I) desafios atinentes à postura adversarial das partes; (II) desafios advindos do exercício impositivo da Administração Pública; (III) desafios atinentes ao controle dos acordos administrativos.

O terceiro capítulo tem como escopo o aprofundamento das características da matriz negocial com vistas a endereçar os desafios previamente relatados. É delineada a importância de externar um devido processo legal específico à seara consensual, com balizas próprias, no intento de extrair um comportamento das partes mais racional e mais propenso ao acordo. São avaliados eventuais regramentos já existentes no arcabouço jurídico-regulatório pátrio que possam ser condizentes com as balizas formais sugeridas. Em conjunto, também são analisados os normativos alienígenas que possam inspirar a inovação normativa pretendida.

⁴ Considerou-se o rol de agências reguladoras contido no artigo 2º da Lei nº 13.848/2019, até a data de fechamento desta pesquisa.

⁵ A ênfase nos normativos que versam sobre o TAC ocorreu por se tratar de um instrumento regulado pela maior parte das Agências Reguladoras e em razão da escassez de outros normativos que contenham previsão sobre a atividade regulatória consensuada.

O quarto e derradeiro capítulo avalia um potencial crescimento da atuação regulatória concertada em razão da paulatina implementação da denominada regulação responsiva. Demonstra que a criação de regras formais não prejudica a eficiência administrativa, mas, ao contrário, livra a atuação pública de amarras que impeçam a adoção de uma postura mais proativa do gestor público. Estabelece que a opção pela regência standardizada segue em linha com a evolução do direito administrativo (e com a própria lei de processo administrativo federal). Por fim, após debate sobre a melhor maneira de externar as regras negociais, o capítulo encerra a tese, apresentando proposta do conteúdo da matriz processual negocial.

1 DO ATO ADMINISTRATIVO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL

1.1 DA ATUAÇÃO VERTICALIZADA ATRAVÉS DE ATOS ADMINISTRATIVOS À CONCERTAÇÃO ADMINISTRATIVA VIA ACORDOS.

A tese é inaugurada trazendo um breve relato histórico, importante para compreender o contexto e as razões para o desenvolvimento de um processualismo que reja as relações consensuais mantidas pela Administração Pública. De pronto faz-se a ressalva de que não existe intenção de esgotar tal conteúdo histórico: o escopo que se pretende atingir é a construção de uma linha temporal que ateste a convergência entre a processualidade e o consensualismo, apesar de suas origens poderem ser consideradas contraditórias.

De um lado, utilizada como proteção contra o patrimonialismo estatal, a processualidade se encontra intimamente relacionada à rigidez da atuação administrativa – que visa garantir a racionalidade organizacional –, à impessoalidade do agente público e à previsibilidade das ações estatais, conferindo segurança e estabilidade aos administrados. De outro lado, o consensualismo surge como uma resposta do Estado Gerencial ao excesso burocrático, carregando ideais de uma atuação administrativa mais flexível, célere e eficiente, cujo foco está no atingimento de resultados. Nada obstante a aparente contrariedade, o intento é demonstrar que o processo, quando colocado como uma arena de aproximação e coordenação entre as partes, pode ser útil à efetivação do consensualismo.

1.1.1 *Do ato ao processo administrativo*

O viés autoritário do ato administrativo contemporâneo encontrou sua relevância na garantia de quebra das amarras postas pelas monarquias absolutistas, cuja característica patrimonialista mantinha viva a confusão entre o que era público e o que era privado⁶. Em

⁶ Conforme aponta Léon Duguit: “Asi como el propietario puede disponer de la cosa total ó parcialmente, conceder derechos particulares sobre ella, desmembrar su derecho de propiedad, transmitirle por herencia, el rey puede enajenar total ó parcialmente su imperium, desmenbrarle, transmitirle para después de su muerte. De este modo se forma la concepción del Estado patrimonial, que ha dominado en toda Europa, dejando profundas huellas en el derecho posterior” [Tradução livre: “Assim como o proprietário pode dispor da coisa total ou parcialmente, conceder direitos particulares sobre ela, desmembrar seu direito de propriedade,

verdade, tendo por inspiração a teoria da *puissance publique* de Maurice Hauriou, o que se fez foi transferir a autoridade antes exclusiva do monarca, então regida por interesses essencialmente egoísticos, para o Estado, para usá-la em prol de finalidades públicas. Conforme explica o teórico, “o poder público seria, assim, simplesmente a restrição concentrada nas mãos do governo do Estado para ser usada para fins públicos”⁷. Não teria havido, portanto, atenuação da verticalização do comando⁸, mas tão somente uma mudança do detentor do poder, bem como da finalidade para a qual este passa a ser utilizado⁹.

Dessa forma, com o fito de alterar por completo a realidade existente durante as monarquias absolutistas, é aberta, então, uma rachadura que separa o que é público do que é privado. Regras opostas são aplicadas em um e outro âmbito (enquanto no âmbito privado prevalece a liberdade de atuação, no âmbito público o agir fica restrito àquilo que a lei expressamente permitir)¹⁰. Os interesses também são tidos como contrapostos: os interesses privados perseguem fins puramente egoísticos e os interesses públicos são aqueles exercidos em coletividade, que devem considerar o bem-estar de toda a sociedade¹¹. Cria-se teoria divisória do interesse do Estado, compartilhando-o em primário e secundário, sendo o primeiro

transferi-la por herança, o rei pode alienar total ou parcialmente seu império, desmembrá-lo e transferi-lo após sua morte. Deste modo, forma-se a concepção de Estado patrimonial, que domina toda a Europa, deixando traços profundos no direito subsequente”] (DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción Adolfo Posada. Granada: Anacleto, 1975. p. 59).

⁷ Tradução livre de: “*La puissance publique serait ainsi, tout simplement, la contrainte concentrée entre les mains du gouvernement de l’État pour être employée a des fins publiques*” (HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et droit public. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 135).

⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2014.

⁹ “Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder sobrado, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012b. p. 337).

¹⁰ Trata-se da aplicação do princípio da legalidade: “Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações com os particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 82).

¹¹ “*El interés privado se relaciona con esa dimensión individual de todo ser humano que lo hace ser único y diferente de sus semejantes y por eso es valioso y digno de tutela [...]. El interés público se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político pero también, aun sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es genéricamente compartido por requerirlo el adecuado desarrollo de la personalidad*” [Tradução livre: “O interesse privado está relacionado à dimensão individual de todo ser humano, que o torna único e diferente dos seus pares, e, portanto, é valioso e digno de proteção [...]. O interesse público está relacionado à nossa dimensão social no aspecto que envolve o político, mas, também, mesmo sem envolver o político, transcende o meramente privado, ocupando um espaço necessariamente compartilhado genericamente porque requer o desenvolvimento adequado da personalidade”] (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derechos Prestacionales e Interés Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 147).

aquele voltado ao bem-estar coletivo e o segundo aquele próprio da pessoa jurídica estatal, que só pode ser perseguido se coincidente com o interesse primário¹². São classificados como instrumentais os poderes de atuação do Estado vinculados às finalidades de atendimento do interesse geral, aos quais os particulares devem se curvar como súditos. Resta estabelecida uma rígida dicotomia que coloca o público e o privado em posição de total antagonismo. Como se o pêndulo saísse da posição de completa fusão entre público e privado e parasse na outra ponta, que separa total e completamente a noção de público e privado¹³.

Fica estabelecido um regime jurídico exorbitante, donde surge o ideal da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, justificando a atuação imperativa do Estado. Mencionado princípio, de acordo com seu título autoexplicativo, *prima facie*, coloca o interesse público acima dos particulares e, em seu nome, autoriza que o Estado constitua obrigações unilaterais. Na explicação de Otto Mayer:

Nesse sentido, a relação entre Estado e súdito é um vínculo de sujeição importante. Mas principalmente, com esse termo queremos designar uma relação de sujeição criada em prol do súdito ou para uma pluralidade de súditos. Essa é uma relação jurídica de direito público pela qual o indivíduo está vinculado ao respeito do Estado em razão da sua obrigação geral de regular a conduta conforme o interesse público. Em razão dessa obrigação, se dão ordens detalhadas.¹⁴

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado passa a ser tido, então, como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, sendo “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se

¹² “*Estos intereses públicos colectivos, cuya satisfacción es responsabilidad de la Administración, no son simplemente intereses de la propia Administración como entidad legal, sino que se denominan intereses primarios, mientras que los intereses de la propia Administración son intereses secundarios que solo pueden perseguirse. si coinciden con el interés primario, en la medida de esa coincidencia*” [Tradução livre: “Esses interesses públicos coletivos, cuja satisfação é de responsabilidade da Administração, não são simplesmente os interesses da própria Administração como uma entidade legal, mas são chamados de interesses primários, enquanto os interesses da própria Administração são interesses secundários que só podem ser perseguidos se coincidirem com o interesse primário, na medida dessa coincidência”] (ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Traducción Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Casa Editorial, 1970. p.184-185).

¹³ Ensina Carlos Ari Sunfeld: “Esta é a origem da ideia de direito administrativo: a convicção de que seria necessário um direito especial para um sujeito também especial; um direito construído para atender às características da Administração Pública e de suas funções” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 34).

¹⁴ Tradução livre de: “*En este sentido, la relación entre el Estado y el súdito es un vínculo de sujeción importante. Pero, principalmente, con esta palabra queremos designar una relación de sujeción creada especialmente para el súbdito o más bien para cierta pluralidad de súbditos. Es una relación jurídica de derecho público por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público. Em virtud de esta obligación, se le dan órdenes detalladas*” (MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Traducción Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. Tomo I. Parte General. p. 144).

garantidos e resguardados”¹⁵. Haveria vozes, ainda, defendendo existir apenas um pretensão autoritarismo contido no princípio da supremacia, uma vez que sua aplicação consistiria apenas e tão somente na pura observância dos comandos constitucionais e jurídicos na atividade estatal, “conferindo prevalência e respeito ao conteúdo das normas jurídicas em detrimento de interesses egoísticos que se encontrem em dissonância com os anseios dos indivíduos enquanto participantes da coletividade”¹⁶.

Encarregado de proteger o bem-estar coletivo, o Estado passa, então, a comandar verticalmente os particulares através do ato administrativo, na qualidade, nas palavras de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, de uma “manifestação autoritária do poder estatal relativamente a um particular determinado”¹⁷. Como antes mencionado, o poder administrativo seria visto como instrumental, um meio atrelado a um fim específico. Trata-se do “dever-poder” denominado por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸, cuja imbricação já havia sido apontada tempos antes por Santi Romano: “poder é toda capacidade legal ou mesmo natural e de fato, que também corresponde a um dever. Portanto é poder e dever do Estado fazer justiça àqueles que se submetem à jurisdição”¹⁹.

A robusta doutrina construída para explicar o ato administrativo lhe concedeu, dentre outros atributos, o da imperatividade, caracterizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como o “atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”²⁰. Aliada à imperatividade, a discricionariedade administrativa confere liberdade de atuação à Administração Pública para que busque a melhor forma de atendimento ao interesse público²¹, em razão, nas palavras de Sérgio Guerra, da “impossibilidade de esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 70.

¹⁶ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e as Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-66. p. 43.

¹⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40.

¹⁸ MELLO, op. cit., p. 73.

¹⁹ Tradução livre de: “*Potere è qualunque capacità giuridica o anche naturale e di fatto, che può corrispondere anche ad un dovere. Così è potere e dovere dello Stato rendere giustizia a chi adisce i suoi giudici*” (ROMANO, Santi. **Principii di diritto amministrativo italiano**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 45).

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 210.

²¹ Aqui nos reportamos não à noção de discricionariedade em razão da isenção de vínculo legal vislumbrada por Otto Mayer, mas à discricionariedade como condição de liberdade limitada: “[...] trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 137).

executiva pela lei”²². No contexto da discricionariedade, a atuação administrativa se mantém atrelada à lei, que confere a moldura dentro da qual a Administração tem liberdade para agir, justificada por critérios de conveniência e oportunidade²³. A discricionariedade garante que o agir público se mantenha o mais livre possível, ainda que dentro dos limites legais, o que, inicialmente, poderia representar uma espécie de obstáculo à procedimentalização desse atuar²⁴.

No que toca ao processo administrativo, ensina Odete Medauar que o “período de formação e sistematização inicial do Direito Administrativo corresponde à fase de irrelevância do processo administrativo na doutrina e na legislação”²⁵, não havendo consideração devida à maneira como o ato administrativo era formado ou o meio pelo qual se delineava a vontade administrativa. Em verdade, a noção de processo era atinente apenas à esfera jurisdicional²⁶, o que posteriormente veio a ser ampliado, ao se entender, segundo Adolf Merkl, que “todas as funções estatais e, em particular, todos os atos administrativos são metas que não se podem alcançar sem determinados caminhos”²⁷, sendo o procedimento, conforme Feliciano Benvenuti, “uma estrada pela qual passa o poder para concretizar-se em ato”²⁸.

Entretanto, no início, o instituto mais próximo daquilo que se poderia chamar de processo administrativo estava inserto no ato administrativo complexo, entendido por Lafayette Pondé como “um ato administrativo único, formado embora da manifestação de

²² GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 51.

²³ “*Mais le pouvoir discrétionnaire, dans ce cas, est autorisé par la loi, et ne s'exerce que dans les limites qu'elle a fixées*” [Tradução livre: “O poder discricionário, nesse caso, é permitido por lei e não se exerce para além dos limites por ela fixados”] (FOUCART, Émile Masseur Victor. **Éléments de droit public et administratif**. Paris: Videcoq père et fils, 1843. p. 268).

²⁴ O que mais tarde provou-se contrariamente: “a exigência da processualização da decisão administrativa, destacando a necessidade de sua motivação legitimatória fundada no resultado pretendido, já era considerada essencial no final do século XIX, suscitada pela necessidade de afastar o arbítrio das decisões administrativas quando fundadas em conceitos jurídicos indeterminados” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 95-107, 2010. p. 98).

²⁵ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

²⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 221.

²⁷ Tradução livre de: “*todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos* (MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Tradução José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004. p. 272).

²⁸ Continua o autor: “parece-me sem dúvida que o procedimento nada mais é do que a manifestação da função, o caminho da exteriorização, isto é, a realização do ato” [Tradução livre de: “[...] *ripeto che il procedimento è secondo come appare, la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto, non mi sembra dubbio che il procedimento sai niente più che la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi dell'atto*”] (BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 1, p. 118-145, jan./mar. 1952. p. 128).

vontade de dois órgãos administrativos, ou da sucessiva declaração de um mesmo órgão, em diverso momento de atuação”²⁹, ou, ainda, como o ato “que se aperfeiçoa pela fusão ou integração de vontades de órgãos diversos, de que decorre manifestação de um só conteúdo e finalidade”³⁰. Conforme ensina Juliana Bonacorsi de Palma, havia no ato complexo “uma dinâmica próxima ao processo administrativo, dado que ambos se moldam por uma sucessão de atos ou manifestações de vontades para a edição da uma decisão final”³¹, mas que com ele não se poderia confundir, uma vez que o ato complexo é uno, único, e se forma a partir da convergência de vontades, ao passo que no processo administrativo “há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles”³². Na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

O processo administrativo não é um ato complexo, senão, mais propriamente, como já tivemos oportunidade de observar, um complexo de atos, do administrado e da Administração, de diverso valor para todos eles, embora com substantividade jurídica própria, sem prejuízo do seu caráter instrumental em relação à decisão final.³³

Em continuação, ainda que mantida a imperatividade do agir administrativo, o ponto fulcral que o diferencia da antiga condução pelo monarca absoluto está nos limites impostos pelo Estado de Direito, que insere “entre a vontade da autoridade e um efeito sobre os direitos dos indivíduos, um conjunto de preceitos destinados a disciplinar essa atuação e prefixar os efeitos”³⁴. O Estado de Direito, pois, tido como um “Estado de limites”³⁵, conforme aponta J. J. Canotilho, legitima a atuação administrativa vertical, dado que passa a limitar o poder

²⁹ PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 63, p. 16-29, jan./mar. 1961. p. 20.

³⁰ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60.

³¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014b. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 118.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 501.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 459.

³⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 168.

³⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. [Edição consultada: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/4993701/Joaquim_Jos%C3%A9_Gomes_Canotilho_-_Estado_de_Direito. Acesso em: 9 jul. 2020.]

estatal por meio da lei³⁶. Assim, na lição de Léon Duguit, “o Estado é fundado sob a força, mas essa força não é legítima se não exercida em conformidade com o Direito”³⁷.

A legalidade contida no modelo de governança pós-revolucionário faz que o ato administrativo passe a ter finalidade específica, cujo detalhamento encontra mais ou menos ênfase na lei, mas dela nunca podendo se afastar. Nos países com contencioso administrativo, o ato administrativo passa a destacar temas atinentes à jurisdição administrativa exclusiva. Mas, em geral, o fato mais relevante passa a ser a modulação do poder do Estado pela lei e a finalidade traçada por ela. O ato administrativo passa a expressar a função administrativa, conforme aponta Marcello Caetano, de maneira que “[...] exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto”³⁸. As prerrogativas da Administração Pública têm como beneficiário o interesse coletivo, pois meramente instrumentais e vinculadas a deveres impostos pela lei³⁹. Nesse contexto, segundo Vasco Dias Pereira da Silva, o ato administrativo passa a

conciliar uma corrente autoritária, de exercício de um poder do Estado, com uma vertente de garantia dos cidadãos, decorrente do princípio da legalidade [...] eis-nos, pois, aqui também perante uma dupla função do conceito de ato administrativo, enquanto ato de autoridade e instrumento de garantia dos cidadãos.⁴⁰

Ensina Floriano de Azevedo Marques Neto, por fim, que o Estado Moderno deixa de se basear exclusivamente na força, mas dela extrai “seu caráter de legitimação (ditado pelo Direito) e de instrumentalidade (ditado pelas finalidades públicas que justificam a existência desse poder)”⁴¹.

³⁶ “A existência deste direito e, portanto, desses direitos, constitui a limitação natural do Estado. Este não pode contra estes direitos, só pode na medida em que estes direitos são restringidos para que todos os homens concomitantemente gozem de igual liberdade. Esta é a essência do Estado de direito, na sua versão clássica” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *As Origens do Estado de Direito*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, p. 11-17, abr./jun. 1987. p. 17).

³⁷ Tradução livre de: “*L’État est fondé sur la force, mais cette force n’est légitime que lorsqu’elle s’exerce conformément eu droit*” (DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 4. ed. Paris: E. de Boccard Éditeur, 1923. p. 26).

³⁸ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1973. v. I. p. 428.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 97.

⁴⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 40.

⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). **Novos Rumos para o Direito Público**: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 221-236. p. 223.

Ocorre que, como nos conta a História, o Estado de Direito, puramente formal, não foi capaz de evitar a instauração de um governo de exceção. Isso porque, como bem aponta Lúcia Valle Figueiredo, por si só, “ao Estado de Direito, não é necessária, ou não lhe é essencial, a organização democrática”⁴². Ademais, o Estado Legalista afastou demasiadamente a Administração de seus administrados e desvalorizou os interesses individuais, estes sempre submissos aos comandos do Estado e àquilo que ele, individualmente, julgasse melhor para a coletividade, até então entendida como uma massa uniforme.

Nessa toada, os administrados foram mantidos distantes da construção decisória estatal. Vistos como súditos, os particulares permaneceram submetidos à atuação vertical do poder público, que não lhes reconhecia direitos privados passíveis de serem valorados diante do interesse público protegido pelo Estado, sempre superior. Em verdade, conforme ensina Vasco Dias Pereira da Silva, “os únicos direitos que lhes eram reconhecidos eram de natureza privada, os quais deviam ser respeitados pela actuação administrativa, mas que não eram específicos das relações administrativas”⁴³, isto é, direitos estes que se resolveriam exclusivamente em âmbito privado, sem serem relevantes no que toca à gestão administrativa.

Um primeiro paradigma que se pode citar a respeito da atenuação do Estado Legalista e o necessário respeito da lei aos termos da Constituição foi representado pela decisão da Suprema Corte norte-americana, datada de 1803, que versou sobre a interpretação do Direito à luz da Constituição, afastando a lei por contrariar o dispositivo constitucional.⁴⁴ O ideal ganhou força e efetividade na Alemanha pós-guerra, através do processo de constitucionalização do Direito sob o regime da Lei Fundamental de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), que estabeleceu os direitos fundamentais como algo a ser protegido e condicionou a interpretação e aplicação do Direito, em âmbito público ou privado, à Constituição⁴⁵.

⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997. p. 8.

⁴³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

⁴⁴ Trata-se do caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte norte-americana, em que o juiz John Marshall reconheceu que a lei federal contrariava o previsto na Constituição, afastando a aplicação da lei. (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-8. Decisão original da Corte norte-americana disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.)

⁴⁵ 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**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

O movimento de constitucionalização do Direito, pautado então pelo reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais, garante aplicabilidade direta aos comandos constitucionais e coloca a Constituição como centro irradiador de interpretação e de validade do ordenamento jurídico. O agir administrativo não mais obedece puramente à lei, mas deve estar perfeitamente alinhado aos comandos e princípios constitucionais que, por sua vez, enaltecem o respeito aos direitos fundamentais e a democracia participativa. Nasce a lógica de juridicidade, como um conjunto de deveres contidos no ordenamento jurídico que a Administração deve respeitar⁴⁶. Passa-se ao Estado Democrático de Direito, que “consubstancia segurança e certeza para os indivíduos ao estabelecer a noção estável de que será exigido aquilo previamente estabelecido na Constituição e nas normas legais”⁴⁷, legitimando suas ações através da aproximação entre a Administração Pública e a sociedade⁴⁸.

A alteração do Estado Legal para o Estado Constitucional ajusta o foco do poder público, que passa a reconhecer e a respeitar os direitos subjetivos fundamentais, com garantias que funcionam em prol do administrado. O particular, então, passa a ser visto como sujeito de direitos passíveis de proteção e que implicam em sua participação na atividade administrativa. Enxerga-se a decadência de uma supremacia *prima facie* do interesse público, cuja uniformidade passa a ser questionada em uma sociedade complexa e fragmentada⁴⁹.

Em verdade, reconhecem-se possíveis convergências entre os interesses públicos e os interesses privados, isto é, admite-se ser possível o atingimento de um interesse público ao se implementar um interesse privado que com ele se assemelha⁵⁰. A democracia participativa passa a ter protagonismo, exigindo maior aproximação do Estado na oitiva dos

⁴⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 64.

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 82

⁴⁸ “Este se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. Visa, assim, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 137, p. 15-34, jul./set. 1988. p. 20).

⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 166.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005. p. 19.

clamores da sociedade, seja para conduzir melhor a gestão pública, seja para permitir maior acompanhamento e controle de seus atos pelos administrados, dado que, como ensina Marcos Augusto Perez, “a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa”⁵¹.

Em suma, fica estabelecido um cenário em que: (I) os direitos individuais passam a ser objeto de atenção e proteção do Estado; (II) o substrato do interesse público passa a ser questionado, assim como sua supremacia; (III) se exige uma maior participação dos cidadãos no agir da Administração Pública.

Resta evidente, nesse contexto, que o atuar administrativo verticalizado perde sua força dentro do Estado Democrático, dado que o agir administrativo não tem mais como missão exclusiva a imposição unilateral de obrigações visando o interesse público, mas deve, igualmente, proteger os direitos subjetivos dos particulares. Isto é, o aspecto prestacional do novo modelo estatal exige uma condução voltada tanto à satisfação do interesse público como à proteção dos direitos individuais⁵². No momento em que se exige a aproximação e oitiva dos cidadãos para entender o conteúdo e a extensão dos interesses em jogo, a imperatividade enfraquece, dado que a autoridade perde legitimidade sem que haja participação ativa dos administrados na construção decisória administrativa e sem que haja seu devido controle.

Assim, diante da aproximação entre Estado e sociedade, seja no aspecto de proteção aos direitos subjetivos, seja no aspecto de permeabilidade (de abertura e controle que o Estado deve conceder aos particulares no que toca ao agir administrativo), é criada, como ensina Odete Medauar, “a necessidade de se tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir”⁵³. Em adição ao resultado, passa-se a valorizar o meio, o caminho perfilhado que culminou naquele ato, sendo, para Marçal Justen Filho, “indispensável que a atividade administrativa se produza

⁵¹ PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 32.

⁵² “A esses dois últimos elementos ou princípios – legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa-fé dos administrados – ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei [...]” (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 45. p. 35-60, 2001. p. 35. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015901.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020).

⁵³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

por via procedimentalizada, especialmente com incorporação da participação de todos os interessados”⁵⁴. E mais, no reconhecimento de direitos subjetivos aos particulares, a Constituição lhes confere, igualmente, instrumentos processuais para reconhecê-los perante a Administração Pública ou defendê-los contra qualquer ação dela que intente violá-los⁵⁵.

A processualização do agir administrativo aparece como resultado natural da evolução do Estado e do Direito, como meio de estabelecer, de forma ordenada, as ponderações feitas antes da prática do ato administrativo. No ensinamento de Massimo Severo Giannini:

Em correspondência com as tendências acima mencionadas, a atividade administrativa aponta para formas processuais (à jurisdição, segundo a expressão inglesa e americana), isto é, de submeter-se às leis que instituem procedimentos regidos pelos princípios da objetividade da instância decisória, da garantia das partes, do contraditório e semelhantes.⁵⁶

O processo se torna um imperativo de segurança jurídica e de participação do administrado na decisão pública, vez que “o exercício do poder jurídico é obrigatoriamente proporcionado ao que se definiu no curso do procedimento”, através da “manifestação e a consideração de todos os eventuais, possíveis e não cogitados interesses em jogo”⁵⁷. Acima de tudo, o processo se torna um elemento efetivador dos princípios constitucionais democráticos, conferindo transparência, permeabilidade e segurança à atividade estatal. Nas palavras de Humberto Ávila:

O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade, ou da incidência de regras. O processo não é independente dos direitos fundamentais que se pretende, verdadeira ou supostamente, realizar. O processo, em vez disso, é instrumento para a realização desses mesmos direitos. Daí se dizer que é da própria instituição dos princípios, por exemplo, que surge o direito a um processo justo ou adequado.⁵⁸

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo de Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82.

⁵⁵ “*Le droit public subjectif est, par conséquent – du point de vue du citoyen – le pouvoir juridique conféré par le droit public à un individu d’exiger de l’État, en vue de poursuivre la satisfaction de ses propres intérêts, un comportement déterminé*” [Tradução livre: “O direito subjetivo público é, por consequência – do ponto de vista do cidadão –, um poder conferido por um direito público a um indivíduo de exigir do Estado, em vista de perseguir a satisfação de seus próprios interesses, um comportamento determinado] (MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. p. 156).

⁵⁶ Tradução livre de: “*In corrispondenza con le tendenze or dette, l’attività amministrativa punta alle forme procedurali (alla giurisdizionalizzazione, secondo l’espressione inglese e americana), ossia a sottomettersi a leggi che istituiscono procedimenti regolati dai principi dell’oggettività dell’istanza decidente, della garanzia delle parti, del contraddittorio e simili*” (GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1970. p. 57).

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição Passiva Tributária**. Belém: Cejup, 1986. p. 51.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018. p. 54.

Passa-se a falar sobre a legitimação da atuação do Estado através do procedimento exatamente em razão da expectativa dos particulares de que a atuação pública se dará em conformidade com o previsto no ordenamento jurídico, ofertando, por consequência, a segurança jurídica. Na doutrina de Niklas Luhmann:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa.⁵⁹

Fala-se, inclusive, sobre a perda do protagonismo do ato administrativo, com alteração do centro de gravidade do Direito Administrativo⁶⁰, ganhando posterior reforço com a inclusão de garantia de um processo justo nos ordenamentos de entidades internacionais⁶¹. Assim, passa-se a pender para o processo, o qual determina o comportamento dos interessados – públicos ou privados – antes da decisão final. Conforme aponta Carlos Ari Sunfeld:

Trata-se de uma guinada, sem dúvida, radical. Deixa-se de apontar o que o ato pode fazer, a eficácia que possui, para expressar como deve ele ser editado: que limites encontra nos direitos individuais, que vinculação deve guardar com a lei e por aí adiante. E, sobretudo, que elementos ou requisitos há de ostentar.⁶²

Quão maior for a processualização administrativa, maior será a participação e o controle dos administrados em todas as searas de atuação pública, uma vez que o iter decisório se submeterá a um regramento formal, previsível e exigível, o que ganha força à medida que crescem as atividades prestadas pela Administração Pública. Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma:

Com o advento da primazia do processo administrativo, a vontade administrativa passou a ser compreendida como uma vontade processualizada, a qual é construída

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 35.

⁶⁰ Sobre a perda do protagonismo do ato administrativo: i) DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 86; ii) SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 301-310; iii) PAREJO ALFONSO, Luciano. **Crisis y Renovación en el Derecho Público**. 2. ed. Buenos Aires; Madrid: Ciudad Argentina, 2003b. p. 95.

⁶¹ Especificamente na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos, em seu artigo 6º (Direito a um processo equitativo) – Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 18 jul. 2020 –, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo X – Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 5, n. 9, p. 383-391, set. 1989. p. 383.

no percurso do processo administrativo, subordinando-se a regras formais estabelecidas em normas especiais e nas leis gerais de processo administrativo (estaduais ou federal, a Lei n.º 9.784/1999).⁶³

Ademais, para além da evolução natural do agir administrativo, a processualização administrativa passou a ser prevista, de forma inédita, como um direito fundamental a ser obrigatoriamente respeitado, especificamente no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Igualmente de forma inédita, a Carta Maior carregou ostensivamente o princípio do devido processo legal no inciso LIV do artigo 5º, concedendo a todos a garantia de participação na construção da decisão final, independentemente do âmbito em que essa decisão será exarada (judicial ou administrativa)⁶⁴.

Consolidado nos sistemas da *common law* inglês⁶⁵ e norte-americano⁶⁶, o princípio do devido processo legal, em sua faceta formal, garante que haja respeito a um procedimento prévio ao ato que merece expedição por parte da Administração Pública. A valorização do formalismo procedimental atende a necessidade da sociedade de controlar a atuação administrativa, garantindo, não só, mas especialmente, a impessoalidade que o administrador deve conceder às suas decisões, em um contexto no qual – diferentemente do que ocorre na esfera judicial – pode-se acumular, no mesmo personagem, a figura de acusador e julgador.

No contexto da gestão pública, a fuga do Estado patrimonialista também fez que o formalismo ganhasse ênfase, com a organização e racionalização da atividade administrativa, com a impessoalidade do agente e com a previsibilidade da atuação pública.

⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

⁶⁴ “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”.

⁶⁵ No sistema inglês, o princípio do devido processo legal – caracterizado inicialmente pela expressão *law of the land* – encontrou guarida em 1215 na Magna Carta inglesa, a qual estabelecia que a lei da terra seria uniformemente aplicada a todos, evitando privilégios ou arbitrariedades a partir de um julgamento pautado em um procedimento que antecedia a existência do fato a ser julgado. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.10.)

⁶⁶ No sistema norte-americano, o princípio veio inicialmente expresso na 5ª Emenda à Constituição, sob aspecto puramente formal, denominado *procedural due process*, o qual vinculava a legitimidade da decisão estatal à obediência de um procedimento preestabelecido em lei. No ano de 1798, durante o julgamento do caso *Calder vs. Bull*, a Suprema Corte norte-americana daria outra faceta ao princípio (mais tarde prevista na 14ª Emenda), chamada de *substantive due process*, que garante a efetiva avaliação das contribuições trazidas aos autos pelas partes, com a finalidade de garantir um *fair trial*, um julgamento justo. (DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula Due Process of Law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.)

A instituição do modelo burocrático da Administração Pública, ao mesmo tempo que obedecia ao ideal do Estado de Direito – na medida em que o agir público passava a ser amplamente submetido a uma lei prévia –, também visava a eficiência através da racionalização e profissionalização da estrutura administrativa. De acordo com a teoria desenvolvida por Max Weber, a Administração Burocrática é, portanto, uma Administração submetida a procedimentos específicos que garantem a legalidade e a impessoalidade do agir público⁶⁷. A constituição de um aparato burocrático, além de promover uma organização racional do Estado – com divisas no que tange a competências e hierarquia –, também automatiza a função administrativa, garantindo-lhe estabilidade⁶⁸.

Assim o é que, no direito pátrio, foi promovida a reforma administrativa burocrática e, no ano de 1936, foi promulgada a Lei nº 284, de 28 de outubro, que introduziu uma sistematização dos cargos públicos, assim como estipulou determinados procedimentos para o exercício de tais funções. Assim, o devido processo legal formal é aquele adequado aos fins legais e constitucionais, cuja sequência de fatos ordenados garante a previsibilidade da atuação administrativa.

Ao passo que o aspecto formal do princípio está intimamente ligado à legalidade estrita e à rigidez procedimental da burocracia, a faceta substantiva do devido processo legal respeita a essência do Estado Democrático de Direito, que se funda, como já antes mencionado, na efetiva participação do administrado nas escolhas públicas. A importância do aspecto substantivo está, exatamente, em garantir a influência do particular no iter decisivo, em razão da imposição à Administração da obrigação de permitir a participação do administrado e, principalmente, de efetivamente ponderar sobre as informações trazidas. Nas palavras de Ricardo Marcondes Martins, “as partes podem participar desse procedimento, contribuindo para a produção do ato final. Podem apresentar sua versão, podem apresentar documentos, podem, enfim, possibilitar o proferimento do ato final”⁶⁹.

Em sendo assim, o devido processo legal – dele derivando os princípios do contraditório e da ampla defesa – no processo administrativo deve garantir ao interessado conhecer e participar de todas as etapas de seu trâmite, bem como, ainda, manifestar-se com intenção de cooperar na construção da decisão no decorrer deste processo. Trata-se, no

⁶⁷ WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (org.). Sociologia da Burocracia. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 15-18.

⁶⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **El Poder Público**: Estados y Administraciones Públicas. Tradução Luis Ignacio Ortega Álvarez. Madrid: Civitas, 1991. p. 105.

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004. p. 329.

entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho e Ricardo Marcondes Martins, da “efetiva possibilidade, conferida a todos os sujeitos processuais, de influir na formação do convencimento do órgão julgador”⁷⁰. O enfoque substancial que faz o processo ser considerado devido carrega à Administração julgadora a obrigação de analisar o todo apresentado nos autos pelo interessado, com avaliação dos argumentos, investigação das evidências e ponderação dos efeitos da decisão. Segundo Egon Bockmann Moreira:

Daí o reforço da ideia de que o contraditório não configura singela exigência formal que possibilite às pessoas privadas apresentar sua defesa e cooperar na instrução probatória, mas desobrigue o órgão julgador de lhes dar ciência do andamento do processo ou apreciar fundamentalmente as razões trazidas aos autos. A face substancial do princípio traz consigo o dever administrativo de serem apreciadas a contento todas as manifestações produzidas pelos interessados no processo.⁷¹

Nesse contexto, e como ensina Massimo Severo Giannini, o processo administrativo aparece como opção dialógica da função pública, que melhor se coaduna com nova perspectiva democrática de direito, passando a repudiar o papel do particular como mero destinatário de comandos unilaterais. Os processos estariam, assim, “[...] abertos a qualquer um que alegue ser portador de um interesse perante a autoridade e, portanto, passam a ser meios idôneos para a valoração comparativa de interesses [...]”⁷². Na mesma linha segue Carlos Ari Sunfeld ao pontuar que não basta a abertura à participação, mas deve haver, igualmente, a valoração dos interesses, o diálogo com o interessado. Em suas palavras:

A grande idéia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar. Dar oportunidade para manifestação real e igualitária exige esforço, tempo e técnica. Mas isto seria absolutamente inócua, se aquele que ouve pudesse decidir, em seguida, sem dialogar. Então, o que há de fundamental no processo é obrigar quem decide a dialogar com as partes. Não para saber se elas estão de acordo com a decisão. É um diálogo com os argumentos⁷³.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: Ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 574. (Tratado de Direito Administrativo; v. 5. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312.

⁷² Tradução livre de: “*Esto ha provocado que, hoy, los procedimientos estén abiertos a cualquiera que alegue ser portador de un interés ante la autoridad y, por tanto, los ha hecho mucho más idôneos para la valoración comparativa de intereses a la que, por definición, están destinados*” (GIANNINI, Massimo Severo. **El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas**. Tradução Luis Ignacio Ortega Álvarez. Madrid: Civitas, 1991. p. 148).

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006b. p. 46.

Em suma, o diálogo travado sob as regras processuais confere oportunidades para que os cidadãos se façam ouvir e tenham seus interesses ponderados. O processo administrativo passa a funcionar, então, como um incentivador das relações jurídicas público-privadas, ainda que não se possa falar na existência de uma horizontalidade propriamente dita. Nas palavras de Renata Saad Menezes:

O processo surge como um instrumento capaz de dar transparência aos momentos prévios à elaboração dos atos administrativos, de forma a fomentar a dialeticidade por meio do exercício do contraditório entre os sujeitos interessados na formação do ato, assegurando os direitos dos envolvidos nesse processo.⁷⁴

A atuação imperativa através de atos administrativos passa a não mais representar a essência da Administração constitucional e democrática. O ato administrativo acaba por perder protagonismo para o processo administrativo, numa seara que exige a permeabilidade do poder público.

Não é dizer, por óbvio, que existe total acobertamento do ato pelo processo, o que seria impossível, dado que um instituto é intrínseco ao outro: o ato é resultado do processo, sendo, conforme Odete Medauar, “nítida a correlação entre processualidade e ato, como inerência e instrumentalidade da primeira em relação ao segundo. A figura do processo é distinta da figura do ato, mas não pode dele separar-se totalmente”⁷⁵. Trata-se de demonstrar que o modelo democrático de administrar vincula a atividade estatal a uma processualização que vai além de um mero ritual de atos ordenados, mas que representa uma verdadeira validação da formação da vontade dos agentes públicos⁷⁶.

1.1.2 Do processo administrativo ao consensualismo

O caminho perfilhado do processualismo até o consensualismo teve a eficiência como norte, mas encontrou bifurcação: de um lado, tem-se o cenário político-econômico que passou a exigir uma governança em prol de resultados céleres e efetivos; de outro, a demanda de uma forma mais eficiente de gerir interesses públicos, com maior aproximação dos particulares nas decisões administrativas, aumentando seu *enforcement*. A guinada em prol

⁷⁴ MENEZES, Renata Saad. A presunção de legitimidade e veracidade da Administração Pública à luz da presunção de inocência no processo sancionador. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 203.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 599.

do consensualismo foi diretamente influenciada pela busca de novos meios de atuação estatal que garantissem maior eficácia no atendimento dos interesses da população.

No que toca ao cenário político-econômico, a alteração do Estado Legal-Abstencionista⁷⁷ para o Estado Constitucional-Intervencionista⁷⁸ fez aumentar demasiadamente as funções estatais, perpassando por garantidor de direitos sociais até indutor do progresso econômico nos mais variados setores. O Estado passa a trabalhar ativamente para o crescimento socioeconômico, com dever de exercer tais funções de forma a mostrar resultados céleres e efetivos, principalmente em um mundo cada vez mais globalizado. Fala-se, inclusive, em um “Estado Salvador” como instrumento de intervenção para evitar falhas de mercado, tornando-se seu verdadeiro estabilizador⁷⁹. Tal diversificação de afazeres obrigou o Estado, de um lado, a competir com o mercado quando as atividades fossem prestadas diretamente e, de outro, a socorrer-se de insumos desse mesmo mercado quando as atividades lhe fossem delegadas, ao mesmo tempo que controlaria seu correto funcionamento.

O Estado burocrático antes era visto como modelo eficiente por excelência, garantindo a racionalização, a impessoalidade e os resultados previsíveis, “na medida em que ser eficiente (no caso ser racional) pode ser entendido, simplesmente, como tomar a eficiência na qualidade de objetivo (racionalizar)”⁸⁰. A burocracia weberiana consolidada, o papel crucial das instituições e a atuação procedimentalizada são citados como pilares de

⁷⁷ “[...] podemos situar o liberalismo como uma doutrina que foi-se forjando nas marchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa)” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50).

⁷⁸ Reputa-se bastante apropriado o conceito de Estado Social trazido por Paulo Bonavides, demonstrando o aumento do plexo de atividades estatais quando da sua implementação: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social” (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186).

⁷⁹ “*Lo Stato salvatore, tuttavia, intende non negare il valore del mercato, ma, al contrario, ripristinarne il corretto funzionamento*” [Tradução livre: O Estado Salvador, no entanto, não pretende negar o valor do mercado, mas, pelo contrário, pretende restaurar sua correta operação] (NAPOLITANO, Giulio. *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*. **Giornale di Diritto Amministrativo**, n. 11, p. 1083-1094, 2008. p. 1085).

⁸⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27 e p. 105.

efetividade no funcionamento estatal⁸¹. O processo administrativo, para além da importância democrática de conferir voz e defesa ao cidadão, também garantia eficiência, nas palavras de Augustín Gordillo, “porque, sem dúvida, garante um melhor conhecimento dos fatos e, portanto, ajuda a uma melhor administração e a uma decisão mais justa”⁸².

Contudo, o modelo burocrático passa a ser o vilão impedidor do atendimento eficiente dos interessados, na medida em que as soluções encontravam gargalos na falta de recursos humanos e técnicos capazes de dar vazão a todas as demandas, as quais ficavam retidas nas amarras dos processos administrativos. Percebe-se que a eficiência burocrática, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação, mas, apenas, a sua aptidão para produzi-lo em abstrato”⁸³. Entendeu-se que a Constituição de 1988 “corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários”⁸⁴.

A globalização elevou a busca pela eficiência, passando “a ser um imperativo de sobrevivência, num mundo em que as demandas não podem deixar de ser atendidas a contento, seja pelas organizações privadas, seja pelas públicas”⁸⁵, sendo, então, necessário “passar de um Estado decretador a um Estado negociador [...]”⁸⁶, conforme aponta Manuel Castells. A insuficiência institucional burocrática culminou na perda do protagonismo do meio, passando o agir estatal a ser norteado pelo atingimento de resultados eficientes.

⁸¹ “*Since the beginnings of modern public administration, three basic modes of control have been used to shape the effectiveness of state apparatuses. The imposition of professional norms, hierarchical authority structures, and standardized procedures are the classic modes of control*” [Tradução livre: Desde o início da administração pública moderna, três modelos básicos de controle têm sido utilizados para moldar a eficácia dos aparatos estatais. A imposição de normas técnicas, estruturas hierárquicas de autoridade e procedimentos padronizados são os modos clássicos de controle] (EVANS, Peter. *Harnessing the State: Rebalancing Strategies for Monitoring and Motivation*. In: LANGE, M.; RUESCHEMEYER, D. (eds.). **States and Development: Historical Antecedents of Stagnation and Advance**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 26-47. p. 26).

⁸² Tradução livre de: “*porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión*” (GORDILLO, Agustín. *La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 10, p. 16-24, out./dez. 1969. p. 19).

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 141.

⁸⁴ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 173-A de 1995. Mensagem nº 886, de 23 de agosto de 1995. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. p. 11. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC19/Camara/EC019_cam_22111995_preccjr_pec173a.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 1-20, jan./mar. 1998b. p. 2.

⁸⁶ CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Tradução Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Unesp; Brasília: Enap, 1999. p. 166.

É preciso atentar, nesse ponto, que o instituto do processo administrativo, *per se*, não perdeu sua importância no que toca à garantia de previsibilidade das ações estatais ou, ainda, de aproximação entre a Administração Pública e os particulares através do devido processo legal. A mesma Constituição Federal que desenhou e implementou um Estado Democrático também colocou o devido processo legal como direito fundamental. O que se passou a questionar foi a essência balizadora do agir estatal, até então arraigado na rigidez do meio e não na eficiência dos resultados. Ficou claro que o processo administrativo, fomentador do diálogo, atenuava a verticalidade estatal por meio de sua dialética, apesar de o agir vertical se manter como principal modo de externalização do poder público. Seria necessário, portanto, buscar outros modos de atuação estatal mais flexíveis, no sentido de não ser mais possível atuar exclusivamente com fórmulas rígidas e impositivas.

A substituição do modelo burocrático erigiu o Estado no que se pode denominar de Administração Pública de resultados, a qual, baseando-se em um modelo gerencial, visa, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, “aumentar a efetividade dos serviços prestados à população, bem como definir o núcleo estratégico do Estado, através da delimitação de políticas públicas e do equacionamento financeiro da máquina administrativa”⁸⁷. Há defesa, inclusive, de que a reforma gerencial “se tornou um fator fundamental de legitimação do estado social”, uma vez que garantia a oferta dos serviços públicos de maneira mais eficiente⁸⁸.

Em brevíssimo relato, o primeiro sinal da Reforma Administrativa remonta à década de 1960 e aparece no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual prevê a descentralização estatal como forma mais eficiente de prestar os serviços públicos. Após a tentativa de retomada em 1979 com o Programa Nacional de Desburocratização, a reforma gerencial vem a se concretizar na década de 1990, com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, culminando na aprovação da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual, dentre outros comandos, passa a prever a eficiência como um princípio constitucional a ser perseguido pela Administração Pública, no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

⁸⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 69-98, out./dez. 1998. p. 71.

⁸⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 147-156, jan./fev. 2017. p. 154. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122017000100147&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 jul. 2020.

O princípio da eficiência externado na Constituição Federal passa a vincular a Administração Pública e funciona como elemento de sopesamento nas ponderações das escolhas administrativas, capaz, inclusive, de causar invalidação de qualquer ato que atente contra os seus valores⁸⁹. A característica pluridimensional do princípio⁹⁰ carrega no espectro da eficiência critérios quantitativos e qualitativos – destacando-se, dentre eles: (I) a economicidade, que tenta atingir os melhores resultados com menor dispêndio possível de recursos⁹¹; (II) a celeridade, que evita que a demora na solução do problema torne o resultado inútil aos interessados⁹²; e (III) a efetividade, que busca êxito no atendimento das finalidades públicas, promovendo-as de forma satisfatória⁹³.

A boa administração⁹⁴ ou boa governança⁹⁵ (ou, ainda, a melhor administração⁹⁶), além do dever de observar o caráter cogente de todos os princípios constitucionais que regem a Administração⁹⁷, exige a externalização de todos os aspectos da eficiência administrativa, conforme aponta Diogo Figueiredo Moreira Neto. Nesse sentido, considerando-se que uma atuação eficiente deva mirar

⁸⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p.167.

⁹⁰ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, n. 10, Salvador, maio/jun./jul. 2007. p. 8.

⁹¹ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004. p. 175.

⁹² GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 29

⁹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 105-133, abr./jun., 2003. p. 127.

⁹⁴ “O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa ‘do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto.’” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 125).

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327.

⁹⁶ Sérgio Ferraz fala em “melhor administração” em substituição a “boa administração”: “Para nós, muito mais do que um mero princípio, a busca da melhor administração é um postulado da própria ideia justificadora da existência de uma Administração Pública” (FERRAZ, Sérgio. **Acordos Processuais Administrativos: Instrumentos consensuais**. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 123-132. p. 124).

⁹⁷ “Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social, e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem” (FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração**. 2015. p. 195-217. p. 198. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qAtoP4cyTG8J:www.periodicos.ufc.br/nomos/articledownload/2079/1555/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 6 ago. 2020.).

a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta simultaneamente como um atributo técnico da administração, como exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos recursos públicos⁹⁸.

Na mesma toada, a atuação eficiente exige que sejam implementadas, segundo Mark Bevir, “novas definições de processos eficientes definidos em termos de prestação de serviço e resultados, com ênfase correlata na transparência, na acessibilidade dos usuários [*user-friendliness*] e nas estruturas de incentivo”⁹⁹. Nesse diapasão de estabelecimento de novos arranjos, estimulam-se vínculos interadministrativos, buscam-se meios alternativos de solução de conflitos que enderecem melhor o interesse público, intensifica-se a delegação de serviços mediante concessão e autorização aos particulares, na tentativa de buscar um atendimento especializado. Ao mesmo tempo que o mercado passa a ter sua liberdade limitada por normas derivadas da regulação, o agir estatal passa a ser progressivamente orientado pela busca de resultados, influenciado “pela postura pragmática das megaempresas”¹⁰⁰. Há, portanto, clara atenuação da dicotomia entre o público e o privado. Conforme esclarece Daniel Wunder Hachem:

Tal proposição produziu reflexos diretos no Direito Administrativo, caminhando para uma fuga do regime de Direito Público, por meio de novas figuras introduzidas pela legislação em matéria de contratação, organização administrativa e serviços públicos, todas relacionadas com uma concepção subsidiária do Estado, acompanhadas de um forte fenômeno de privatização¹⁰¹.

Em verdade, fica clara a influência do setor privado no setor público (e vice-versa). Conforme pondera Floriano de Azevedo Marques Neto, não há isolamento administrativo, não existe absoluto distanciamento entre a pessoa pública e a pessoa privada: ao contrário, “o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público não prescinde dos privados para realizar seus objetivos. Trata-se de uma interdependência inescapável [...]”¹⁰².

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 116.

⁹⁹ BEVIR, Mark. Governança Democrática: uma genealogia. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, 2011. p. 108.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 35-53, out./dez. 1998a. p. 37.

¹⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. Administração Pública Inclusiva, Igualdade e Desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. In: MARRARA, Thiago. (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 391-460. p. 393.

¹⁰² Continua o autor: “[...] pois para o cumprimento de suas funções o poder público recorre permanentemente às relações jurídicas estatutárias (como se verifica com os agentes públicos ou políticos) ou contratuais (tomando-se aqui, contratos em acepção ampla, a compreender os contratos de satisfação, de delegação ou de

As balizas constitucionais publicizantes do direito privado (por exemplo, a função social) e privatizantes do direito público (como a própria delegação dos serviços públicos) denotam esse imbricamento entre os dois mundos. Sobre a justaposição entre público e privado já havia se manifestado Santi Romano em seu estudo sobre os princípios do Direito Administrativo. Em suas palavras:

Mas não se pode negar que o direito privado e o direito público têm múltiplos pontos de contato entre eles, decorrente do fato de que ambos são direitos e, portanto, compartilham a mesma natureza: segue-se que não são poucos princípios que são comuns a eles.¹⁰³

O interesse individual, subjetivo, como antes já suscitado, passa a compor de maneira relevante o interesse público, não podendo ser ignorado durante a formação da decisão administrativa. Ao contrário, passa-se a exigir sua oitiva e ponderação, com a consequente motivação que traz transparência, congruência e segurança jurídica¹⁰⁴.

A densificação da contratualização da Administração Pública exsurge como necessária para dar sequência à lógica da eficiência. É verdade que a existência da teoria clássica dos contratos administrativos é muito anterior a qualquer reforma gerencial. A partir das decisões emanadas pelo Conselho de Estado francês¹⁰⁵, consolidou-se um regime contratual que segue o padrão da imperatividade, com prerrogativas especiais à Administração Pública externadas pelas cláusulas exorbitantes. A noção clássica de contrato perdura até a atualidade, sendo o que Marçal Justen Filho denomina de contratos administrativos em sentido estrito, cujo papel da contraparte se resume a aderir às cláusulas estabelecidas¹⁰⁶.

A contratualização de que se está a falar, sob a ótica do consensualismo, não se trata de mero instrumento de adesão, mas sim de um negócio jurídico bilateral em que seja possível debater, construir, negociar as suas cláusulas. No contexto de reforma da

cooperação). Ou seja, inexistente função estatal que não envolva em alguma medida o concurso necessário dos particulares para ser efetivada” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015a. v. 1. p. 353-415. p. 380).

¹⁰³ No original: “*ma non può parimenti negarsi che il diritto privato ed il pubblico abbiano tra loro molti punti di contatto derivanti dal fatto che ambedue sono diritti e partecipano quindi alla medesima natura: ne viene che non pochi principii sono ad essi comuni*” (ROMANO, Santi. **Principii di diritto amministrativo italiano**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 15-16).

¹⁰⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: Empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 132.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012a. p. 127.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 477.

Administração, governar com eficiência se torna sinônimo de governar com cooperação e coordenação entre as partes. Nesse caso, a relação com o Estado-Administração, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, não se resume a “relações de subordinação e acatamento (eixo vertical da autoridade), mas envolve também inúmeras relações de cooperação e composição (eixo horizontal), marcadas, estas, pelo traço da consensualidade e do vínculo obrigacional”¹⁰⁷.

O Estado passa a ser entendido como pluriclasse e, nas palavras de Massimo Severo Giannini, “passou a ser movido pelos interesses de todos os grupos que compunham a comunidade”¹⁰⁸. Tem-se uma verdadeira fragmentariedade da sociedade, conforme apontado por Luciano Parejo Alfonso, cujos interesses coletivos não são mais vistos como únicos ou condensados¹⁰⁹. Ademais, conforme aponta Sabino Cassese, desenvolve-se um Estado policêntrico, que passa a contar com vários polos decisórios¹¹⁰, os quais devem contar com um mínimo de coerência. Tudo isso influencia para que desponham os instrumentos convencionais voltados à concertação, propícios para encontrar equilíbrio tanto nas relações público-privadas como nas relações interadministrativas.

¹⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015a. v. 1. p. 353-415. p. 389.

¹⁰⁸ Para Giannini, o Estado pluriclasse adveio da universalização do sufrágio (antes censitário), que passou a promover maior representatividade no agir administrativo. “*Quando si giunse ad un suffragio elettorale sufficientemente esteso, si trovarono a partecipare al potere politico altre classe oltre quella censitaria, e quando il suffragio almeno maschile, divesse universale, il tipo socioogico di Stato cambiò. [...] La costituzione materiale subì peraltro una profonda modificazione, poichè lo Stato, nella sua organizzazione e nella sua attività era ora mosso dagli interessi di tutti i gruppi componenti la comunità e non più dagli interessi dei gruppi subalterni di pressioni privi di potere, come era in precedenza*” (GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1970. p. 46).

¹⁰⁹ Nas palavras do autor: “*En las complejas condiciones em las que hoy ha de actuar el Estado se revela creciente dificultad no tan sólo de la autónoma definición abstracta y objetivo-jurídica del interés público (por las solas estructuras del poder público), sino incluso em la realización o materialización mismas de éste por vía autoritaria y unilateral. Crecientemente, pues, el poder público se ve em la necesidad de apoyarse em, cuando no inducir, la colaboración de la economía privada y acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados, incluso para la definición misma del interés público*” [Tradução livre: Nas complexas condições em que o Estado hoje tem de atuar, torna-se cada vez mais difícil não só a definição autônoma abstrata e objetiva-jurídica do interesse público (devido às estruturas únicas do poder público), mas também a sua própria realização ou materialização pela via autoritária e unilateral. Cada vez mais, então, o poder público se vê na necessidade de apoiar, quando não induzir, a colaboração da economia privada e de recorrer a fórmulas de concerto, transação e cooperação com grupos sociais e agentes privados, para a própria definição de interesse público] (PAREJO ALFONSO, Luciano. **Crisis y Renovación em el Derecho Público**. 2. ed. Buenos Aires; Madrid: Ciudad Argentina, 2003b. p. 88).

¹¹⁰ “No passado, a unidade de comando era entregue à cúpula do governo e todas as decisões importantes passavam pelos ministérios econômicos. [...] Hoje a situação mudou. Uma parte das decisões ainda é tomada pelo governo ou por instituições auxiliares ou descentralizadas. E ainda são tomadas por meio de procedimentos não formalizados nem estruturados. Outra parte, ao contrário, é atribuída a diferentes órgãos recentes, como autoridades independentes, ou antigos, como juízes” (CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010. p. 50).

Nesse quesito, explica Gustavo Justino de Oliveira que, a partir da maior capilaridade aferida às entidades administrativas, “despontam os acordos como modalidades negociais aptas a concretizar e regulamentar as ações concertadas entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil”¹¹¹. Reforça Alexandre Santos de Aragão:

O que se verifica é a transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos. As estruturas político-administrativas tradicionais, central-hierarquizadas, morosas e inspiradas por critérios preponderantemente políticos, revelaram-se, no contexto exposto, inadequadas para os desafios colocados ao Estado.¹¹²

Essa coordenação e cooperação entre entidades públicas e entre estas e as entidades privadas exige um constante diálogo, e por isso deve contar com institutos capazes de calibrar os interesses envolvidos. Cria-se uma espécie de sociedade em rede¹¹³, que enaltece a interação entre Estado, Mercado e Sociedade, “num ideário de partilha de responsabilidades ou de cooperação ou de coordenação para a realização dos interesses coletivos”¹¹⁴, conforme aponta Pedro Costa Gonçalves. É o que Peter Evans já denominou de modelo híbrido de governança, cuja eficiência advém da integração desses três atores: o Estado e suas instituições burocráticas buscam atendimento ao interesse coletivo; o Mercado emite sinais de onde melhor alocar os recursos financeiros; e a Sociedade democrática assegura a transparência e a responsabilidade do agir administrativo¹¹⁵. A sociedade em rede

¹¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 131-150, jan./mar 2002. p.137.

¹¹³ “A rede é a estrutura formal. É um sistema de nós interligados” (CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. p. 17-30. p. 20. Disponível em:

https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020).

¹¹⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto**, v. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), p. 97-128, 2010. p. 100.

¹¹⁵ “*The hybridity perspective can be summarized in a set of three straight-forward propositions. First and most basically, the effectiveness of public institutions depends on hybridity, an integrated balance among three different (sometimes contradictory) modes of guiding administrative actions*” [Tradução livre: “A perspectiva do hibridismo pode ser resumida em um conjunto de três fatores. Primeiramente, a eficácia das instituições públicas depende desse hibridismo, que é um equilíbrio integrado entre três modos diferentes (e às vezes contraditórios) de orientar as ações administrativas”] (EVANS, Peter. *Harnessing the State: Rebalancing Strategies for Monitoring and Motivation*. *In*: LANGE, M.; RUESCHEMEYER, D. (eds). **States and Development: historical antecedents of stagnation and advance**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 26-47. p. 30).

assegura, assim, a participação qualitativa na estrutura de governança, com mecanismos de transparência e responsabilização¹¹⁶. Aponta Eurico Bitencourt Neto que

A noção de rede, que tem marcado as sociedades contemporâneas, envolve um sistema de elementos e nós que representam uma interseção de fluxo ou circulação interna. No âmbito da Administração Pública, as redes significam muitas vezes a interação de distintas organizações, públicas e privadas, o que pode fazer com que características relativas à estrutura do mercado, de organização hierárquica ou de modelos colaborativos se combinem, dependendo das instituições que dela participem ou dos objetivos a que visa.¹¹⁷

Dessa maneira, quanto maior o fluxo de informações trocado entre as partes, maiores as chances de se chegar em um ponto de convergência entre os interesses. E quanto maior a convergência, ou seja, quanto maior o consenso entre os atores, mais alto será o engajamento em prol de uma finalidade específica e mais efetivo será o resultado. Essa é, em suma, a lógica de substituição da atuação puramente verticalizada pelo consenso¹¹⁸. Conforme estabelecido por Eberhard Schmidt-Assmann:

A prática, com efeito, mostra que a cooperação é uma condição ou pressuposto para o funcionamento do Estado. Somente através da cooperação com a sociedade o Estado pode obter as informações necessárias para desempenhar seu papel de direção e liderança. Para esse fim, contatos pontuais entre as duas esferas não são suficientes. Em vez disso, são necessárias formas integradas e duradouras de ações para identificar problemas e criar soluções em conjunto. A estrutura decisória policêntrica do Estado corresponde à existência de redes – cuja densidade pode ser altamente variável – de relações de cooperação entre Estado e sociedade.¹¹⁹

Nesse sentido, afirma Caio Tácito que “o Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários

¹¹⁶ GAETANI, Francisco. Governança Corporativa no Setor Público. *In*: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). **Gestão Pública: melhores práticas**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 259- 275. p. 264.

¹¹⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 216. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392017000100207&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 31 jul. 2020.

¹¹⁸ “As estruturas político-administrativas tradicionais, central-hierarquizadas, morosas e inspiradas por critérios preponderantemente políticos, revelaram-se, no contexto exposto, inadequadas para os desafios colocados ao Estado” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 131-150, jan./mar. 2002. p. 137).

¹¹⁹ Tradução livre de: “*La práctica, en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. Sólo a través de la cooperación con la sociedad puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo. Para ello no bastan los contactos puntuales entre ambas esferas. Más bien resultan necesarias fórmulas de actuación integradas y duraderas que permitan identificar problemas e idear soluciones de forma conjunta. La policéntrica estructura decisoria del Estado se corresponde con la existencia de redes – cuya densidad puede ser muy variable – de relaciones de cooperación entre Estado y sociedad*” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Traducción por Javier Barnes. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 39).

finalis quanto à formação da conduta administrativa”¹²⁰, sendo o princípio do consenso, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o “primado de concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e Estado”¹²¹.

Parte-se para a técnica flexível da discricionariedade, em que as partes constroem em conjunto a melhor solução para o caso específico, em oposição à rígida vinculação que obedece a premissas previamente estabelecidas que podem não refletir a melhor solução caso a caso. Busca-se, assim, nas palavras de J. M. Sérvulo Correia, “um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões”¹²².

Coloca-se em xeque a efetividade do resultado advindo do processo administrativo, cuja decisão não deixa de ser uma imposição do comando legal previamente estabelecido advindo de um devido processo legal questionável no quesito de verdadeira ponderação das contribuições, em oposição à vantagem contida nos acordos, de se dispor de normas “melhor amoldadas para aquela situação concreta, adequadas à consecução de objetivos específicos”¹²³.

Importa antecipar, nessa altura, que o consensualismo e seus mecanismos correlatos não têm intenção de perpassar a legalidade e, sim, pretendem melhor adequar a solução administrativa através de maior aproximação e alinhamento entre as partes. Na lição de Juliana Bonacorsi de Palma:

[...] a consensualidade visa manter a qualidade da decisão administrativa e sua eficácia, a conferir celeridade ao procedimento administrativo e à execução da decisão final, bem como propiciar segurança jurídica, com definição de normas de disciplina jurídica de dada relação jurídico-administrativa.¹²⁴

À parte do cenário político-econômico, o aspecto democrático que coloca o Estado como instrumento de atingimento de direitos fundamentais, ensinam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, também promove a substituição da unilateralidade pelo

¹²⁰ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 1-6, jul./set. 1997. p. 2.

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 133. Sobre a consensualidade como forma de aprimorar a governança, ver: CHEVALLIER, Jacques. A Governança e o Direito. **Revista do Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

¹²² CORREIA, J. M. Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 353.

¹²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 78.

¹²⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 237.

consenso e eleva o administrado a sujeito de direitos em oposição à posição de súdito¹²⁵, fomentando igualmente a abertura de canais de conexão entre Estado e sociedade.

Interessante notar, em breve apartado, que esse mesmo argumento sobre a valorização do indivíduo – de torná-lo sujeito de direitos em vez de súdito – foi utilizado para enaltecer a processualidade administrativa, mas, mais tarde, voltou-se contra o modelo de Estado burocrático e justificou a busca de instrumentos mais flexíveis.

Em verdade, repisa-se que o processo administrativo foi um método pioneiro na quebra da lógica da unilateralidade do comando estatal. Contudo, foi vislumbrada uma aproximação das partes ainda maior. A posição de coadjuvante do particular no decidir administrativo – na qual existe a oitiva dos seus interesses, mas a Administração Pública continua com a prerrogativa de impor uma decisão – não mais seria suficiente para atender satisfatoriamente a todas as demandas. Tornou-se imperioso que o particular também se colocasse como protagonista do resultado, construindo-o em conjunto com o poder público¹²⁶.

A Administração Pública concertada – entendida como refletora da nova forma de democracia participativa – que, nas palavras de Almiro Couto e Silva, “ao invés de decidir unilateralmente utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo”¹²⁷, inspirada pelo atendimento da eficiência, pela dialética entre as partes e pela representatividade da sociedade, passa a lançar mão de métodos substitutivos das relações verticais, calcados no consenso. Ressalta Gustavo Justino de Oliveira que

[...] o emprego de métodos consensuais expressa uma nova forma de administrar, razão pela qual – com exceção das previsões legais que acarretem a proibição da

¹²⁵ “Os indivíduos, assim, passam a ser donos do poder, não seu objeto como era até agora e, ao mesmo tempo, destinatários diretos dos seus benefícios, finalidade à qual o poder é ordenado primariamente; deixam assim de ser súditos para se tornarem cidadãos, de acordo com um conceito mil vezes repetido, porém certo” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 48).

¹²⁶ “A atuação coadjuvante do particular é aquela em que a Administração ouve os particulares e com eles negocia as melhores soluções, mas se reserva a plenitude da decisão. Nesta hipótese, o consenso complementa, coadjuva e orienta a decisão administrativa, sem vincular o Poder Público, que, não obstante, estará obrigado a justificá-la. Será desnecessário que a lei preveja a adoção dessa modalidade, pois não se requer qualquer alteração na competência do órgão decisório. Na atuação determinante do particular, distintamente, a Administração deve ouvir os particulares podendo com eles negociar as melhores soluções, em termos de atendimento de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos na relação, mas estará vinculada à decisão que vier a prevalecer, em obediência ao processo adotado. Nesta hipótese, a lei deverá prever que a decisão administrativa será produzida pelo consenso, vinculando o Poder Público, pois apenas o legislador pode alterar competências da Administração” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 147-148).

¹²⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997. p. 64.

utilização da via contratual para levar a cabo uma ação administrativa – não haveria como excluir *a priori* essa ou aquela matéria do âmbito da atividade negocial da Administração Pública.¹²⁸

Na medida em que se abre o escopo do consensualismo administrativo – fato assegurado pelo artigo 26 da Lei nº 13.655/2018 que alterou o Decreto nº 4.657/1974 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que estabelece cláusula de concertação para a Administração Pública¹²⁹ –, fica estipulado um módulo convencional, entendido por Massimo Severo Giannini como:

[...] todos os casos em que seja utilizado como técnica de ação para que as partes interessadas e a Administração cheguem a soluções pactuadas, evitando-se, assim, soluções impostas unilateralmente de maneira autoritária ou exaradas isoladamente.¹³⁰

Dessa forma, o módulo convencional da Administração Pública abrange os mais variados arranjos, e conta não só com a manifestação de vontade de um ou mais entes públicos e, também, de entes privados, mas se arquiteta como verdadeiro instituto negocial. Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira:

Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um módulo consensual da 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.¹³¹

O acordo administrativo surge como um instrumento desse módulo essencial à concertação administrativa¹³² e se coloca como um gênero, capaz de abarcar as mais

¹²⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56.

¹²⁹ “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.”

¹³⁰ Tradução livre de: “*Todos los supuestos en los que se utiliza, como técnica de actuación, para lograr que los interesados y las administraciones lleguen a soluciones acordadas, evitándose, así, soluciones unilateralmente impuestas por vía autoritaria, o soluciones adoptadas en solitario*” (GIANNINI, Massimo Severo. **El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas**. Tradução Luis Ignacio Ortega Álvarez. Madrid: Civitas, 1991. p. 149).

¹³¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova fase da administração pública do século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. p. 319.

¹³² “O acordo administrativo constitui, em suas mais variadas vertentes, o instrumento de ação da Administração Consensual, razão pela qual esta também pode ser denominada como Administração por acordos” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos*)

diferentes tipologias (acordos integrativos, acordos substitutivos, acordos de organização etc.), mas que não se confunde com a noção clássica de contrato administrativo, de adesão¹³³, pois carrega maior abertura para que haja negociação com o particular¹³⁴.

Em resumo, fica evidente que a lógica do consenso encontra bases no processo administrativo – na medida em que o devido processo legal carrega voz ao cidadão – e encontra sua base nos acordos administrativos¹³⁵. São elementos, o processo e o acordo, cujos fundamentos não diferem em sua essência: isso que se passará a tratar nas próximas páginas.

1.2 PROCESSO E ACORDO ADMINISTRATIVO: CONVERGÊNCIA

A importância de correlacionar processo e acordo está no fato de que este último, conforme anteriormente dito, se caracteriza como um dos principais instrumentos da Administração Pública consensual e traz consigo alguns obstáculos práticos que merecem superação através de regras processuais específicas. Um processo administrativo pautado pelo racional do consensualismo assegura e valoriza o acordo administrativo. Mas, antes de adentrar no estudo dos desafios correlatos à negociação do acordo administrativo – tema que será aprofundado à frente –, neste instante é imperioso demonstrar que acordo e processo não são elementos que se repelem. Portanto, não se convalida o aparente antagonismo existente entre ambos os institutos.

Como verificado historicamente, processo e acordo são originários de momentos distintos. O processo administrativo encontra seu valor em um contexto de gestão pública puramente burocrática, a qual visava estabelecer procedimentos rígidos e racionais que não

administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010b. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=471>. Acesso em: 6 ago. 2020).

¹³³ “[...] acordo administrativo em sentido estrito representa uma categoria jurídica em ascensão, distinta da categoria jurídica contrato administrativo. Considerado o gênero módulo consensual da Administração Pública, o acordo administrativo configuraria uma de suas espécies, ao lado dos contratos administrativos e de outras figuras eventualmente previstas no ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 218).

¹³⁴ PETRILLO, Anna Maria. Gli accordi amministrativi nella legge 7 agosto 1990 n. 241 relativi alla disciplina del procedimento amministrativo. **Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana**, anno 143, v. CXLIII, p. 1615, 1992.

¹³⁵ “No tema da consensualidade a noção de processo administrativo é fundamental, na medida em que um valoroso pressuposto deste estudo consiste em reconhecer a ação estatal não apenas na figura do ato, mas também no processo administrativo.” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 115.)

abrissem espaço à pessoalidade existente no modelo monarquista. Haveria, então, uma imposição da lei de forma legítima, pautada por critérios de racionalidade, impessoalidade, transparência e participação. De outro canto, o acordo administrativo exsurge como mecanismo calcado no consenso, alternativo à rigidez da Administração Pública, conferindo-lhe maior eficiência às soluções através da aproximação das partes e da flexibilidade de seus termos.

Nada obstante a suposta contradição entre os institutos, o acordo e o processo, quando nascidos, o fizeram sob argumentos semelhantes. É possível – e relativamente fácil – observar que tanto um como outro possuem escopo e características bastante similares, cada qual dentro de sua própria finalidade de existir. Interessante notar também que, na legislação estrangeira, a autorização para celebração do acordo, quando positivada, vem contida no interior da lei de processo administrativo, por ser, exatamente, um modo de agir estatal.

Exemplificadamente, a lei de procedimento administrativo italiana nº 241, de 1990, se revela como grande incentivadora da Administração consensual, uma vez que insere a própria consensualidade como ordem geral, permitindo, no artigo 11.1¹³⁶, que a decisão administrativa possa ser adotada através de um acordo bilateral substitutivo do ato¹³⁷, colocando “em xeque a dicotomia ato/contrato ao determinar a convergência de vontades para estabelecer o conteúdo do provimento administrativo”¹³⁸. No caso do normativo francês, o permissivo relativo ao consenso administrativo vem previsto de forma difusa no ordenamento jurídico. No Código que rege as relações entre a Administração e os administrados, o artigo L423-1 dispõe que a transação, com concessões recíprocas e equilibradas, pode ser utilizada para resolver ou evitar um litígio com a Administração¹³⁹.

A Alemanha também detém uma lei geral de processo administrativo (*VwVfG*) que traz comando autorizativo para ação consensual. O § 54 da Lei de 01 janeiro de 1977, “em

¹³⁶ “*In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’art. 10, l’Amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.*”

¹³⁷ SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). **Estudos de contratação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 927.

¹³⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102.

¹³⁹ “*Ainsi que le prévoit l’article 2044 du code civil et sous réserve qu’elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l’administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit*” (Disponível em:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000031366350/LEGISCTA000031367875/#LEGISCTA000031367875. Acesso em: 6 ago. 2020).

sintonia com as necessidades de uma Administração Pública que já se democratizava, aceitou o contrato de direito público como forma típica de atuar administrativo, integrante da noção de procedimento administrativo, ao lado do ato administrativo”¹⁴⁰, conforme aponta Onofre Alves Batista Júnior, permitindo a tal contrato ser um meio de constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas por meio consensuado, em detrimento da atuação tipicamente unilateral.

A legislação portuguesa expõe a expressa previsão legal sobre a concertação em seu Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, que no artigo 57 consagrou os acordos endoprocedimentais, através dos quais, no âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem convencionar os termos do procedimento¹⁴¹.

Na Espanha, a Lei nº 39/2015, que dispõe sobre o procedimento administrativo comum das Administrações Públicas, em seu artigo 86¹⁴², traz disposição genérica que permite a terminação convencional do processo, admitindo a celebração de acordos em sentido amplo, como uma forma de excluir o ato unilateral e imperativo da Administração. Conforme afirma Juliana Bonacorsi de Palma, o legislador espanhol pretendeu superar certas disfuncionalidades percebidas na Administração, a exemplo da demora no trâmite processual e da decisão administrativa insatisfatória, utilizando-se para tanto da via dos acordos, que consistiu em uma necessidade pragmática de disciplinar a frequente prática de negociação entre Administração Pública e administrado acerca da solução final dos processos administrativos¹⁴³.

Os ideais do acordo como instrumento da consensualidade e do processo não se anulam. Ao contrário, o processo administrativo pode ser moldado especialmente para

¹⁴⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 331.

¹⁴¹ “Artigo 57. / Acordos endoprocedimentais / 1 - No âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento. / 2 - Os acordos referidos no número anterior têm efeito vinculativo e o seu objeto pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham. / 3 - Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento.”

¹⁴² “Artículo 86. Terminación convencional. / 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. [...]”

¹⁴³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 108.

absorver a forma de se chegar ao consenso e, assim, alavancar o acordo administrativo, dando-lhe cada vez mais protagonismo.

1.2.1 *Processo e acordo como garantia à democracia participativa*

Em vista do que já foi explanado anteriormente, não se pretende demorar neste ponto, cuja crucial importância, por outro lado, não permitiria deixar o tema sem abordagem específica.

Como largamente sabido, o Estado de Direito sacramentou a autoridade da lei sobre todos, ficando a Administração Pública subordinada aos seus comandos e limites. Nas palavras de Jacques Chevallier,

a doutrina do *Rechtsstaat* conduz, na prática, à afirmação da supremacia da lei sobre a administração: não somente ela deve se abster de agir *contra legem*, mas ainda é obrigada a agir *secundum legem*, em virtude de uma habilitação legal (reserva de lei).¹⁴⁴

O aspecto democrático do Estado de Direito acabou por alargar a noção de legalidade – tornando o Direito imperativo, e não apenas a lei – e trouxe consigo a noção de um poder pertencente ao povo, manifestado pelo Estado em prol desse mesmo povo, buscando satisfazer seus interesses fundamentais.

Nesse sentido, necessário se faria não apenas a participação do povo no que toca à escolha daqueles que representariam a manifestação desse poder (democracia formal), mas que houvesse uma efetiva participação na decisão administrativa quando da sua exteriorização (democracia substancial). Somente assim, com essa participação popular influente nas decisões públicas, é que se poderia legitimar o poder do Estado. Nas palavras de Marcos Augusto Perez:

Sim, em primeiro lugar, a participação aproxima a sociedade do Estado, fazendo com que o mesmo se abra para a busca de suas finalidades primordiais, ou seja, compelindo o Estado a dar efetividade aos direitos humanos. Reforça-se, pois, a ideia de que a legalidade não é uma mera regra de funcionamento da máquina estatal, uma finalidade em si, mas ao contrário, um instrumento em prol da efetividade dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, a participação importa necessariamente na maior legitimação do Estado e do Direito. A participação no

¹⁴⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 18. Nesse aspecto, José Joaquim Gomes Canotilho traz crítica ao *Rechtsstaat*, dizendo que este traz “imensos custos democráticos”, sendo necessário associar a realização do princípio do Estado de Direito com a efetivação do princípio democrático. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 389.)

exercício das funções estatais “populariza”, se assim podemos dizer, o Direito, dessacralizando-o.¹⁴⁵

No contexto de que o contato entre o Estado e a sociedade se torna imperativo de atingimento do ideal democrático, a processualização da atividade administrativa surge, nas palavras de J. J. Canotilho, “como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático”¹⁴⁶, vez que expõe a vontade administrativa à influência do particular e vincula a decisão final às motivações que trazem a análise e o sopesamento dessa influência.

Ensina Marçal Justen Filho:

A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos. Não há regime democrático quando as decisões administrativas são adotadas sem a observância de procedimentos predeterminados que assegurem a participação igualitária de todos os integrantes da comunidade.¹⁴⁷

Conforme antes visto, o processo acaba por legitimar a atuação do Estado e passa a ser entendido como um conceito que transcende o mero direito processual para ser, nas palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, um verdadeiro “instrumento para o exercício legítimo de poder”¹⁴⁸.

Ensina Floriano de Azevedo Marques Neto que, para além do resultado do processo (ato/decisão), “importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o descolamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)”¹⁴⁹. Confere-se, nesse diapasão, visão sobre como o poder é exercitado. E este deve sê-lo através da ponderação dos interesses envolvidos, os quais só terão luz caso seja dada oportunidade para que o particular vocifere seus ideais. Nas palavras

¹⁴⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 386.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 221.

¹⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 310.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 261-285. p. 266.

de Gustavo Justino de Oliveira, “processo e participação são institutos indissociáveis”¹⁵⁰, uma vez que esse processo rompe o obstáculo que separa o Estado da sociedade.

Dessa forma, para além de um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, o processo administrativo é pontuado como um meio dialético, de atenuação da vertente impositiva da Administração Pública, no momento em que se garante a participação do outro na construção do ato estatal. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira:

O que há de essencial no processo administrativo – comum às três espécies de processo antes expostas – é a efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais. Pouco importa quem seja essa pessoa, o que se põe é o dever público de informar e respeitar a participação popular direta na formação da vontade estatal. Boa parte dos atos administrativos deixa de ser unilateral e impositiva e passa a ser consensual, obtida mediante a cooperação público-privada.¹⁵¹

Portanto, conforme se pode observar, o ideal de aproximação das partes e de construção da solução já podia ser extraído de dentro do processo administrativo. No que toca à esfera dialógica, o acordo administrativo surge sob o mesmo argumento. Como debatido anteriormente, a noção de consensualidade trouxe consigo uma nova forma de gestão, com fomento da horizontalidade na intenção de atingir a eficiência na medida em que as ações estatais são mais efetivas, pois, ao aproximar o cidadão da Administração Pública, entende-se melhor qual interesse público será protegido e de que forma. Na doutrina de Maria João Estorninho:

No fundo, um dos aspectos que aqui está em causa é o fenómeno de passagem da Administração autoritária à Administração consensual. Assim, ao lado da actuação tipicamente soberana, que autoriza ou impõe unilateralmente, apareceu essa nova figura dogmática de actuação, soberana consensual. Trata-se de uma forma de administração nova, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa, e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.¹⁵²

Assim, a busca de mecanismos pela abertura do Estado na seara do consensualismo, visando maior congruência entre as escolhas estatais e o interesse público, também carrou legitimidade ao agir público e concedeu ainda mais força à democracia participativa. No entendimento de Gustavo Justino de Oliveira:

O sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 135, p. 271-282, jul./set. 1997. p. 273, grifo do autor.

¹⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

¹⁵² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 44.

gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária. [...] A utilização de meios consensuais pela Administração ganha relevância na medida em que estes se transformam em instrumentos da participação dos particulares – diretamente envolvidos ou simplesmente interessados – no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando mais aceitação do que imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas.¹⁵³

Portanto, ensina Enzo Roppo que a atuação através de acordos administrativos, instrumentos relativos à Administração consensual, “encontra um pressuposto de democracia”, pois tem como primeira missão a aproximação entre as partes para que seja possível promover a concertação entre elas¹⁵⁴.

Em sendo assim, é possível afirmar que o acordo administrativo e o processo administrativo se aproximam a partir da valorização da participação do administrado, e que, cada um a seu modo, fortalecem a democracia participativa.

1.2.2 *Processo e acordo como instrumentos de coerência e enforcement administrativo*

Como consequência da permeabilidade da Administração Pública conferida pelo respeito à democracia participativa, tem-se que o agente administrativo terá melhor visão daquilo que, de fato, satisfará a demanda social¹⁵⁵.

Nesse sentido, a partir da dialeticidade promovida dentro do processo administrativo – com a apresentação de evidências, de argumentos e da ponderação acerca dos mesmos –, a autoridade administrativa naturalmente irá exarar uma decisão mais condizente com a realidade que se apresenta. Aqui, inclusive, reside a importância da qualidade das informações trocadas ao longo do processo – quão maior for a extensão do panorama realístico, mais aprofundada será a análise do caso e melhor será a decisão proferida.

Assim, como nos ensina Marcos Augusto Perez, quanto mais congruente e proporcional for a decisão, contando com extensiva motivação, maior pacificação ela

¹⁵³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Administração Consensual como nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010a. p. 218 e 228.

¹⁵⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 347.

¹⁵⁵ Para Augustín A. Gordillo, “*El control social permanente, su organización y difusión a nuevos ámbitos podrán asegurar una mayor democratización y una más efectiva satisfacción de las aspiraciones sociales*” [Tradução livre: “O controle social permanente, sua organização e difusão a novos âmbitos poderão assegurar uma maior democratização e uma mais efetiva satisfação das demandas sociais”] (GORDILLO, Augustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi: 1994. Tomo I, Parte general. p. 22).

causará, com a resignação da parte aos seus termos e com seu conseqüente cumprimento.

Em suas palavras:

Os processos decisórios ou processos administrativos não contenciosos passam, então, a ser normatizados e estudados, na medida em que se entende que a uniformidade procedimental, a admissão do contraditório (aqui expresso nos mecanismos de diálogo e de participação dos administrados na formação da decisão) e a maior dedicação das autoridades administrativas à fundamentação de suas decisões tendem a gerar maior eficiência e menor contestação jurisdicional.¹⁵⁶

Mas não apenas isso. A certeza carregada à parte quanto à real ponderação realizada pela autoridade administrativa sobre os argumentos apresentados também contribui para a conformação do destinatário da decisão final, que lançou mão de meios possíveis para influenciar na vontade administrativa. A dialeticidade do processo administrativo confere maior efetividade às decisões ali exaradas. Na doutrina de Augustín Gordillo, a decisão executória unilateral não é mais suficiente, ao contrário, “a execução das decisões exige cada vez mais a adesão daquele que será destinatário da mesma”¹⁵⁷.

Assim, diferentemente do ato administrativo unilateral, o processo administrativo eleva as chances de maior aderência às decisões administrativas e, conseqüentemente, de maior efetividade destas. Nas palavras de Odete Medauar: “por isso, a decisão é mais suscetível de aceitação e de cumprimento do que outra, oriunda praticamente do nada e que se pretende impor aos indivíduos”¹⁵⁸.

Não se está a afirmar que o ato administrativo é inócuo quanto ao seu cumprimento: a Administração Pública dispõe de meios de coerção suficientes para garantir a submissão do destinatário aos seus comandos. O que se argumenta é a voluntariedade desse destinatário em cumprir a decisão, em se submeter a ela, por melhor compreendê-la. Nessa linha, argumentam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que “o ato unilateral garante eficazmente a submissão, mas é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de

¹⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do direito administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do direito administrativo. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017b. p. 851-869. p. 861.

¹⁵⁷ Na íntegra: “*Ya no bastan ni satisfacen la decisión ‘unilateral ejecutoria’ de la administración, semejante a la relación jerárquica castrense: ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consenso de los liderados o administrados, en el cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del que será objeto de la misma, como así también del funcionario que será el órgano ejecutivo*” (GORDILLO, Augustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi: 1994. Tomo I, Parte general. p. 21).

¹⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 69.

colaboração”¹⁵⁹. Maria João Estorninho aponta na mesma direção, no sentido de que se torna “mais fácil administrar com a adesão do administrado do que contra a sua vontade”¹⁶⁰.

Em verdade, quanto maior for a influência positiva da contraparte na construção da vontade administrativa, maior será a aderência às obrigações impostas. Por isso que a atividade consensuada também tem como mister aumentar a efetividade administrativa, a partir da melhor compreensão (e proteção) dos interesses envolvidos. Nos ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão, “[...] via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (efeitos colaterais)”¹⁶¹. Na mesma linha, coloca David Duarte:

a abertura aos dispersos interesses sociais e a sua canalização por vias de técnicas de participação, permitiu que, na procura dos consensos decisórios e na minimização das reações negativas às decisões, se chegasse a meios de solução negociada de conflitos.¹⁶²

Pois assim, essa efetividade do agir administrativo encontrará ainda mais valorização em relação às atividades consensuais, em específico aos acordos administrativos, por se caracterizar um “cumprimento espontâneo das obrigações estabelecidas no termo”¹⁶³. Em outras palavras, quando do desenvolvimento em conjunto das cláusulas, a parte se sujeita aos seus termos *ex ante*, diminuindo demasiadamente o risco de seu não cumprimento.

Tem-se, assim, que ambos os instrumentos – processo e acordo – trabalham em prol de um melhor acolhimento dos ditames advindos tanto da decisão quanto do ajuste, intentando implementar seu cumprimento com o mínimo de resistência possível.

1.2.3 Processo e acordo como garantia à segurança jurídica e equidade

Em regra, o estudo concernente à segurança jurídica mostra que ela confere garantia aos particulares contra uma alteração de entendimento ou interpretação da Administração

¹⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. I. p. 672.

¹⁶⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 60.

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 19, n. 9, p. 827-840, set. 2006. p. 828.

¹⁶² DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 112.

¹⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos Substitutivos dão mais Eficácia ao Direito da Concorrência? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014a. p. 277.

Pública que possa modificar uma situação posta, sob o argumento de conveniência e oportunidade, ou, ainda, que possa frustrar uma legítima expectativa depositada pelo particular pertinente a condutas já externadas pela Administração Pública. Para o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, a segurança jurídica aparece como o maior princípio geral do Direito, o qual cuida de “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso”¹⁶⁴.

O estudo em pauta tem a segurança jurídica sob o mesmo viés, mas acresce a ela uma certeza carregada também ao agente público quando da celebração de um acordo administrativo.

No que toca ao trato com o particular, ensina Almiro do Couto e Silva que a segurança jurídica se divide em duas esferas: a esfera objetiva, que limita a retroatividade dos atos estatais, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; e a esfera subjetiva, que protege a confiança das pessoas no que toca ao agir administrativo¹⁶⁵, sendo conhecida também como o “princípio da proteção da confiança”¹⁶⁶. Assim, para além de proteger as situações consolidadas, a segurança jurídica se expande a ponto de proteger, inclusive, direitos que se encontram em vias de se constituir, evitando a frustração daquele que depositou confiança em uma atitude esperada da Administração Pública¹⁶⁷. Trata-se de uma demanda do particular feita sob o império da lei, sob a certeza do direito, conferindo ao cidadão, nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho, “uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos,

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 89-90.

¹⁶⁵ O autor ainda explica que a noção de proteção da confiança nasceu na jurisprudência alemã, e que, mais tarde, em 1976, tal princípio veio expresso no § 48 da Lei de Processo Administrativo alemã. (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004. p. 273-274.)

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 371.

¹⁶⁷ Nas palavras da autora: “A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar ou não a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes” (MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, p. 227-231, jan./jul. 2008. p. 230. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2593>. Acesso em: 10 jul. 2020.).

mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico posto”¹⁶⁸. Ainda sobre essa confiança do administrado, Hartmut Maurer explica em sua doutrina que o princípio exige a “[...] proteção da confiança do cidadão que confiou e agiu em correspondência à exigência de determinadas normas estatais e outras medidas emanadas do Estado. A figura pretende, então, preservar situações adquiridas e se dirige contra mudança posterior da lei”¹⁶⁹.

Assim, a segurança jurídica carrega a díade previsibilidade-certeza mencionada por Rafael Valim em sua doutrina, em que “à previsibilidade oferecida pela certeza se acresça à estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado”¹⁷⁰. Floriano de Azevedo Marques Neto, por sua vez, adiciona mais uma dimensão à segurança jurídica, “de ponderabilidade e razoabilidade, na medida em que a aplicação do Direito não pode ser nem irracional, nem desproporcional”¹⁷¹.

Acresce Hartmut Maurer que o princípio da segurança jurídica “se situa em uma relação de tensão entre a estabilidade e a flexibilidade”¹⁷². Contudo, não se trata, é claro, de confundir a segurança jurídica com a petrificação do Direito ou da atividade administrativa. Trata-se apenas de uma modulação de efeitos do novo comando ou da nova interpretação para posteriormente da sua criação. Sobre esse assunto, inserido na LINDB pelo normativo nº 13.655/2018, o artigo 23 prevê um regime de transição para quando uma decisão estipular uma nova interpretação, orientação, dever ou condicionamento a um comando indeterminado. Assim, para além da vedação da retroação, é necessário que se garanta um período de internalização dessa nova obrigação, permitindo que seus destinatários se adaptem a ela, em claro apreço à segurança jurídica. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A regra não se destina a cristalizar interpretações nem a vedar a evolução da hermenêutica. Ao contrário, explicitamente admite o surgimento de orientação ou

¹⁶⁸ 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. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. p. 298.

¹⁶⁹ “*Esta exige la protección de la confianza del ciudadano que confió y se dispuso correspondientemente a la existencia de determinadas regulaciones estatales y a otras medidas proferidas por el Estado. La figura persigue, en consecuencia, la conservación de las situaciones adquiridas y se dirige contra la modificación jurídica posterior*” (MAURER, Hartmut. **Introducción al derecho administrativo alemán**. Traducción Rafael Sager y Fabián Martínez. Bogota: Ediciones USTA, 2008. p. 83).

¹⁷⁰ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 122.

¹⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 93-112, nov. 2018. p. 99.

¹⁷² Tradução livre de: “*El principio de la protección a la confianza se sitúa en una relación de tensión entre estabilidad y flexibilidad*” (MAURER, Hartmut. **Introducción al derecho administrativo alemán**. Traducción Rafael Sager y Fabián Martínez. Bogota: Ediciones USTA, 2008. p. 83).

interpretação nova. O que se impede é que essa alteração produza efeitos desproporcionais e gere efeitos insuportáveis aos particulares.¹⁷³

Em exemplo genérico, caso uma agência reguladora, na sua concepção do que seria um bom atendimento aos usuários, entenda alterar o modo pelo qual as concessionárias de serviço público abordam seus consumidores (orientando para um *script* de atendimento que entenda mais efetivo, por exemplo), deve conceder período para que haja a devida adaptação, treinamento, quantificação de colaboradores, com vistas a efetivar a nova orientação.

Processualmente falando, além das previsões específicas mencionadas nos artigos 54 e 2º, § único, XIII, da Lei nº 9.784/99, a segurança jurídica vem prevista no artigo 2º, caput, da mesma lei, ao lado do dever de proporcionalidade, como um princípio geral que deve permear toda a atividade administrativa. O processo administrativo se torna garantidor da segurança jurídica em suas frentes antes apresentadas: a primeira delas ocorre quando se ponderam todas as variáveis do caso junto com as contribuições da contraparte para que a decisão seja proporcional ao que se discute; a segunda, quando se confere estabilidade ao desfecho processual criando a coisa julgada administrativa¹⁷⁴; e a terceira, por sua vez, quando se verte previsibilidade sobre o agir administrativo através de um itinerário preestabelecido, possibilitando à parte ter conhecimento dos possíveis resultados que do processo podem advir, espancando surpresas.

De um canto, o particular se assegura de que qualquer alteração da decisão administrativa se dará apenas pela via judicial, já que à Administração Pública não se carregam mais oportunidades de fazer mudar o que foi posto. De outro canto, o processo dá ao administrado visibilidade da construção da vontade administrativa, cuja transparência e racionalidade impedem que existam dúvidas ou surpresas sobre o objeto decidido. Em outros termos, o processo confere confiança ao particular na sua relação com a Administração, que “não vai adotar uma conduta confusa ou enganosa que mais tarde permitirá a malversação das obrigações assumidas”¹⁷⁵.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Os efeitos da reinterpretção de norma no direito público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 236.

¹⁷⁴ A coisa julgada administrativa é entendida, aqui, como “sendo a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração Pública não mais pode ser modificada na via administrativa” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 883).

¹⁷⁵ Livre tradução de: “*Confianza. en fin en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones*” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 69).

Para Lúcia Valle Figueiredo, a segurança jurídica, junto com a certeza do direito, viabiliza o próprio devido processo legal e todo o significado que ele carrega, ou seja, são elementos que “fazem efetivamente parte da possibilidade da existência do *due process*”¹⁷⁶. Não destoia desse entendimento a lição de Humberto Ávila, para quem “só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo foram proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado”¹⁷⁷. Nesse sentido, a segurança jurídica, despontada por último em seu aspecto de proporcionalidade, dá azo à efetivação ao princípio do devido processo legal.

Importa saber que tal princípio fica garantido ao particular quando se fixam as cláusulas finais do acordo. Uma vez celebrado, seus termos se aperfeiçoam e tornam-se estáveis. Assim, manifestada a anuência administrativa acerca de uma condição, esta não mais poderá ser modificada por uma alteração de entendimento posterior – o que se revela especialmente importante no caso de substituição da autoridade que celebrou o acordo. Referida estabilidade vem contida expressamente no artigo 24 inserido na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, que veda a revisão de um ajuste com base em mudança posterior de orientação¹⁷⁸.

Além de tal estabilidade, a celebração do acordo constrói no particular a confiança de que ele será exigido na extensão daquilo que foi acordado, afastando posteriores perseguições sobre a mesma temática (salvo no caso de descumprimento da cláusula, mediante a abertura de um novo processo administrativo) e quaisquer ampliações de obrigações sem a sua prévia concordância. Ademais, por ser o acordo administrativo um instrumento naturalmente dialético, ele também responderá à segurança jurídica na dimensão da proporcionalidade das obrigações estipuladas.

O aspecto dialético e a estabilidade do desfecho, adicionados à transparência conferida à construção da vontade administrativa – que garante, por sua vez, controle e coerência na conduta estatal –, fazem do processo e do acordo instrumentos garantidores da segurança jurídica.

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, v. 206, p. 89-107, out./dez. 1996. p. 102.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018. p. 55.

¹⁷⁸ “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.”

A segurança jurídica também exerce influência positiva nos agentes públicos. No que toca à atuação administrativa, a processualidade garante ao administrador a certeza de qual caminho deve perfilar para atingir um resultado específico, implicando, conforme explica Odete Medauar, em uma organização racional da função pública. Em suas palavras, o processo simplifica as práticas administrativas, “já que não se pode pedir a cada servidor que reinvente a cada questão que surge, todas as medidas que devam ser adotadas”¹⁷⁹.

Confere-se previsibilidade ao servidor, que poderá se socorrer de um meio instituído a cada vez que uma situação específica demande solução, nascendo nele a confiança de que, agindo nos moldes estabelecidos, não se desviará da impessoalidade e moralidade que lhe são exigidas. Supérfluo dizer que a impessoalidade e a moralidade não dependem de uma análise formalística pura, afinal, o Estado Democrático de Direito vincula a atividade administrativa à satisfação de valores fundamentais, mas não se pode negar que a obediência a comandos de como agir confere proteção ao agente público de boa-fé.

Em relação aos acordos administrativos, a temática cria contornos mais complexos. Isso porque, na esfera dos acordos, espera-se que o agente público tenha um agir casuístico que possibilite delinear soluções efetivas para cada caso, em oposição ao respeito a regras rígidas processuais. Contudo, o fato de a cláusula do acordo ser casuística não impede esse agente de seguir parâmetros balizadores da busca por esse desfecho. Mormente na seara dos acordos, em que se exige efetiva negociação por parte do agente, este pode se submeter a critérios que confirmam previsibilidade ao seu ofício e, conseqüentemente, lhe garantam segurança jurídica: permitir contribuições externas, ponderar interesses das partes através de motivações não genéricas, respeitar prazos, dar publicidade às negociações, garantir coerência com situações semelhantes etc. Tudo isso também lhe garante proteção aos olhos das autoridades controladoras.

Já no tocante à estabilidade, ela funciona nos mesmos moldes aplicados aos particulares: fixadas as cláusulas em definitivo, elas se tornam estáveis e diminuem o risco de sujeitar os termos do acordo firmado a posteriores questionamentos de autoridades dentro e fora do âmbito administrativo.

Por fim, colocar a segurança jurídica ao lado da equidade – aqui entendida como um “critério particular da justiça em cada caso”¹⁸⁰ – não se trata de escolha aleatória. Afinal, nas palavras de Luis Recaséns Siches, “não cabe que em uma sociedade haja justiça sem

¹⁷⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 73.

¹⁸⁰ MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 40.

segurança. A segurança é, pois, respeito à justiça e a todos os valores jurídicos a ela atinentes”¹⁸¹.

A valorização dos direitos subjetivos coloca a Administração Pública sob o pálio da proibição do excesso, ou seja, do respeito à proporcionalidade da confiança legítima, elementos do princípio da segurança jurídica. A justiça da decisão depende da segurança que se dá em relação à análise dos pormenores do caso posto. Conforme explica Patrícia Baptista:

Ainda mais adiante, a compreensão de que o direito constitui não apenas um conjunto de regras positivas, mas também uma ordem de valores e princípios, alterou substancialmente o panorama das relações segurança jurídica-justiça. Hoje admite-se que entre esses dois valores há uma relação dialética, de condicionamento mútuo. Assim, a segurança jurídica não briga mais com a justiça, antes a reclama e vice-versa. Não há segurança jurídica se o ordenamento que subjaz a ela é injusto, da mesma forma que não pode haver justiça onde falta segurança jurídica.¹⁸²

Na explicação de Eberhard Schmidt-Assmann, a equidade é tida como um sobreprincípio que exige a análise das circunstâncias que se colocam caso a caso, “superando a tendência de automatizar a aplicação do Direito”, já que, para concretizar a equidade, se exige um esquema organizacional e de procedimentos administrativos que permitam sistematizar um conhecimento individualizado do administrado¹⁸³. No mesmo sentido dispõe Roberto Dromi, que, atrelando à equidade a noção de igualdade, entende que ela reporta “o valor das equivalências comparativas no caso específico. Para que a justiça seja feita, deve haver igualdade e para isso, é necessário que cada caso particular seja tratado de acordo com suas circunstâncias”¹⁸⁴. Também nessa linha, dispõe Irene Nohara:

Decisão justa é aquela que pondera múltiplos fatores para além da interpretação exclusiva do texto normativo, pois traz para o intérprete a obrigação de considerar

¹⁸¹ Tradução livre de: “*Pero no cabe que em la sociedad haya justicia sin seguridad. La seguridad es, pues, respecto de la justicia y de los demás valores jurídicos por ella implicados*” (SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2008. p. 618.

¹⁸² BAPTISTA, Patrícia. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. North Charleston: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014. p. 37.

¹⁸³ “*Dicho supra principio, concebido como guía única de actuación, aspira a situar las circunstancias del caso concreto em el primer plano de la práctica administrativa, superando así toda tendencia a automatizar la aplicación del Derecho y a tipificar la actividad de la Administración. Aplicarlo exige, pues, concebir la organización y los procedimientos administrativos em términos tales que una y otros permitan obtener y sistematizar in conocimiento individualizado de todos los administrados*” (SCHIMDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Traducción Javier Barnes. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 89).

¹⁸⁴ DROMI, Roberto. El Tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad: estudio preliminar de Roberto Dromi. In: PAREJO ALFONSO, Luciano. **Crisis y Renovación en el Derecho Público**. 2. ed. Buenos Aires; Madrid: Ciudad Argentina, 2003b. p. 64.

a realidade concreta, sendo tal análise feita também a propósito de verificação dos efeitos da invalidação.¹⁸⁵

Nesse quesito, tanto o processo como o acordo permitem um tratamento individualizado: com base nas evidências, limites e capacidades apresentados, será possível atingir a solução possível e adequada ao caso concreto. Não basta que a Administração Pública lance mão de dogmas do direito público, como a presunção de veracidade dos atos administrativos ou uma suposta superioridade do interesse público, para espancar toda e qualquer ponderação acerca de fatos e provas trazidos à baila. Tampouco pode embasar suas escolhas em critérios discricionários genéricos, de mera conveniência e oportunidade, sem uma motivação suficientemente densa e congruente, pois, segundo Carlos S. de Barros Júnior, “a atividade discricionária da Administração Pública deve estar vinculada à observância de certos critérios, entre os quais a equidade ocupa o primeiro lugar”¹⁸⁶.

Portanto, considerando a lógica individualizadora trazida pela equidade, tanto o processo como o acordo caminham em direção ao seu cumprimento, permitindo que haja essa interpretação e avaliação dos liames do caso concreto a partir da dialética e do dever de análise e ponderação do todo, para fins de um resultado mais justo.

1.3 PROCESSO E ACORDO: O ELO PERDIDO

Considerando as similitudes encontradas entre o processo e o acordo, o que faria, então, o processo administrativo atual ser relativamente defasado quando se pensa em concertação administrativa? O que de novo poderia ser trazido para que o processo administrativo seja moldado de forma mais adequada às relações consensuadas e possa garantir uma melhor performance à negociação dos acordos administrativos?

A teoria do processo administrativo foi desenvolvida, essencialmente, para conferir maior legitimidade aos atos administrativos expedidos pela Administração Pública no exercício do seu poder soberano. Até então, a função administrativa era entendida exclusivamente como “aplicar a lei de ofício”¹⁸⁷ e, nesse sentido, a estrutura processual se

¹⁸⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Hermenêutica Jurídica Pós-Positivista e Primado da Realidade*. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 202.

¹⁸⁶ BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Fontes do Direito Administrativo*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 28, 1952. p. 9.

¹⁸⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p.16.

desenhou como um mecanismo instrumental que serviria à aplicação da legalidade material então pautada na lógica de comando e controle. Ou seja, a missão processual seria garantir a aplicação verticalizada da norma, legitimando comandos coercitivos por meio da imparcialidade, transparência e garantia de defesa, ou seja, controlado os poderes da Administração¹⁸⁸.

Nada obstante o direito de participação da parte, na prática, o resultado do processo administrativo se mantém impositivo. Em outros termos, apesar da influência do particular na tomada de decisão administrativa, ao final do processo, a solução é imposta ao seu destinatário e não propriamente construída em conjunto com ele. Assim, a decisão final – cuja unilateralidade é atenuada, mas não suprimida, em razão do contraditório e da ampla defesa – nunca deixou de ser impositiva. Frise-se que não há que se falar sobre um resultado construído pelas partes, mas apenas em uma decisão a partir da consideração das informações trocadas ao longo do processo.

Ademais, o processo administrativo foi construído sobre um terreno adversarial, de imposição e defesa, antagonismo completo de interesses e desconfiança entre as partes¹⁸⁹. O processo sempre funcionou como instrumento de proteção contra o comando arbitrário de um Estado autoritário, no senso de busca pela afirmação e pelo resguardo dos direitos fundamentais. Conforme elucida Carlos Ari Sunfeld:

O que é uma lei geral de procedimento (ou processo) administrativo? Em termos singelos, trata-se de um conjunto de normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro modo, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem à Administração, suas defesas, impugnações, recursos e, mais amplamente, peticionem, com suas reivindicações, denúncias, sugestões, críticas e daí por diante.¹⁹⁰

¹⁸⁸ BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008a. p. 231-266. p. 236-237.

¹⁸⁹ “A exigência do processo administrativo abrange, portanto, situações em que dois ou mais administrados se apresentam em posição de controvérsia entre si, perante uma decisão que deva ser tomada pela Administração; por exemplo, nas licitações, concursos públicos, licenciamento ambiental. Abrange também os casos de controvérsias entre administrados (particulares ou servidores) e a Administração; por exemplo: licenças em geral, recursos administrativos em geral, reexame de lançamento (processo administrativo-tributário)” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 202).

¹⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006c. p. 18.

Portanto, a concepção tradicional do processo administrativo, como instrumento legitimador da aplicação vertical de comandos públicos e que serve de escudo defensivo contra arbitrariedades, não se coaduna totalmente com o perfil consensuado que a Administração Pública passa a assumir. Não basta que o processo administrativo seja meio de garantir a atividade de polícia da Administração Pública, como uma ferramenta do direito material impositivo¹⁹¹. Ele deve passar a atender a outros arranjos legais e regulatórios que têm a relação horizontal como matiz. Nas palavras de Eurico Bitencourt Neto:

Se em muitos casos os procedimentos visam preparar uma decisão administrativa, nem sempre estarão funcionalizados a uma decisão, pelo que importa destacar a relevância jurídica de tarefas procedimentais não decisórias, e de uma visão do procedimento como estrutura de integração de interesses.¹⁹²

Importante pontuar que não se trata de uma crítica às relações adversariais que permeiam o processo administrativo, pois são situações que existem e permanecem. Trata-se de busca por uma processualidade que se adeque a outras realidades, à uma relação com a Administração Pública que não tenha necessariamente um viés adversarial.

Ainda que o processo tenha um cunho litigioso, é possível que existam porções ou fases desse processo com os quais a adversariedade não se encaixa. O procedimento de arbitragem pode ser dado como exemplo de um iter com caráter adversarial, mas que demanda negociação das partes e a sinergia delas para delinear as regras que ditarão o rito arbitral. Assim, não se trata de desnaturalizar o processo adversarial, mas conferir tratamento jurídico e segurança jurídica para a negociação, legitimando-a, caso ela seja colocada em prática.

Admite-se ser possível a existência de diferentes regimes processuais, cada um a ser utilizado para cada função da Administração Pública, evitando a “maldição do regime único” também em termos processuais, no que diz respeito a impedir uma melhor calibração do processo a depender da finalidade do resultado administrativo¹⁹³. Segundo Eberhard

¹⁹¹ SCHNEIDER, Jens-Peter. La evolución del procedimiento tipo de la Ley de procedimiento administrativo alemana de 1976: hacia um modelo integral y comprensivo. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 369-418. p. 382.

¹⁹² BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 45-74. p. 46.

¹⁹³ Floriano de Azevedo Marques Neto explica sobre a maldição do regime único quando debate o contrato administrativo, no sentido de nivelar todos os arranjos a um modo imperativo, independentemente da finalidade da ação administrativa. O mesmo se pode pensar no que toca à processualidade: ela pode ser modulada a depender do resultado desse processo, que não necessariamente será impositivo. Em suas palavras: “Pois bem. Tal maldição recai também sobre os contratos administrativos. Embora possamos cogitar de uma enormidade

Schmidt-Assmann, não existe imposição de um regime processual único, em verdade, “múltiplas são as formas que o processo pode adotar; e diversas são também as conexões entre as partes de um processo”¹⁹⁴.

O processo administrativo apenas enriquecerá: ele continuará sendo instrumento de imprescindível legitimidade à imposição de comandos, assim como também regerá relações não hierarquizadas. Note-se, na doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto, que o foco da argumentação ainda são os diversos modos de exteriorização do poder do Estado (logo, diversos modos de imposição), mas ela traz consigo a exata noção de diferentes formas de alocação do devido processo legal a depender da função que o Estado exerce:

O processo é, portanto, o meio que o Estado Democrático de Direito impõe para o exercício do poder estatal em qualquer de suas formas de manifestação. A chave, assim, está na locução devido processo legal. Para cada modo e objetivo de incidência do poder extroverso estatal, há de haver um devido processo previsto em lei, cuja estrita observância é condição não só de legitimidade, mas de validade da manifestação concreta do poder. Embora sejam vários os possíveis “devidos processos legais” (tantas quantas forem as manifestações do poder estatal previstas em lei), variando em diversos regimes processuais, há um tronco comum, um vínculo único que os ligará naquilo que estou a chamar de teoria geral do processo alargada.¹⁹⁵

Ademais, não é dizer que inexistam normativos atuais que possam ser aplicados à relação consensuada. A lei geral de processo administrativo possui abstração suficiente para garantir a aplicação de seus termos em diferentes searas (como uma lei geral deve fazer), inclusive para acordos administrativos. Vide, por exemplo, o artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que fala sobre os princípios aos quais a Administração Pública está vinculada além daqueles previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal: os princípios serão respeitados independentemente do objeto final do processo¹⁹⁶. O mesmo se pode dizer sobre o direito de

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 [...] Tal unidade é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrados” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 77-78).

¹⁹⁴ Tradução livre de “*Múltiples son las formas que puede adoptar el procedimiento: y diversas son también las conexiones entre las piezas de un procedimiento. Los derechos fundamentales no imponen un modelo de procedimiento donde lo principal sea una vasta dedicación de medios administrativos*” (SCHIMDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Traducción Javier Barnes. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 77).

¹⁹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 268.

¹⁹⁶ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

participação do interessado externado pelo artigo 38 da Lei nº 9.784/99 e sobre o dever de ponderação dessa participação, previsto na sequência, no parágrafo primeiro do mesmo artigo¹⁹⁷.

Mas o que se está a falar é, precipuamente, do refinamento normativo processual. No momento em que a Administração Pública passa a assumir funções consensuais, o processo deve ser redefinido para cumprir outros objetivos que não somente a defesa de direitos contra atos de poder. Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira:

Por isso, convém ressaltar que as posturas assumidas pelo Estado mediador são distintas das posições tradicionalmente ostentadas pelo Estado impositor, cuja nota característica encontra-se justamente no poder de impor obrigações, exercido em razão do atributo da autoridade, imanente ao poder político ou estatal.¹⁹⁸

Conforme visto, a consensualidade exige uma maior aproximação das partes, conferindo protagonismo ao particular no desfecho do processo, tirando-o da posição de mero colaborador. Assim, é possível carrear ao processo administrativo a ideia de que a participação não é tida somente como um direito defensivo, mas também como uma colaboração que deve existir entre as partes na construção de uma solução conjunta. Colaboração esta que se dá em caráter voluntário, de boa vontade e em confiança.

A estrutura processual meramente bilateral¹⁹⁹, pautada na adversariedade das partes, abre espaço para recepcionar novas ideias de aproximação e influência no resultado. Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira, seria importante estar aberto a novas premissas, com escopo de dar azo aos novos instrumentos inseridos no ordenamento jurídico:

Em segundo lugar, percebemos que se os instrumentos típicos desse ramo jurídico continuam a existir (ato administrativo, contrato administrativo) em face dos novos desafios ora impostos, novos instrumentos como acordos administrativos, atividade informacional, e o próprio processo administrativo ganham maiores espaços e relevância, tornando o Direito Administrativo um campo do conhecimento jurídico mais prático e pragmático, mas com sensíveis espaços para novas teorizações e investigações científicas [...] nesse contexto evolutivo premente é que tenhamos todos à mão – gestores, controladores e operadores do Direito em geral – novos standards interpretativos e de aplicação do direito

¹⁹⁷ “Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. § 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.”

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 2018.

¹⁹⁹ É verdade que a bilateralidade do processo administrativo não é absoluta. A lei geral brasileira prevê a realização de consulta pública nas matérias que forem de interesse geral e de audiência pública quando a questão contiver elevada relevância. Entretanto, a utilização de tais instrumentos fica a cargo da discricionariedade da autoridade competente, que por vezes deixa de colocá-los em prática com receio de ferir a celeridade processual ou tornar o processo demasiadamente complexo com a influência de múltiplas opiniões a respeito de um tema específico. Para aprofundamento, vide: SANTOS, Fabio Gomes dos. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

público, especialmente voltados a viabilizar adequadamente o que o próprio sistema jurídico está a transformar.²⁰⁰

Nesse quesito, ensina Eberhard Schmidt-Assmann que o consensualismo funciona como meio para determinar as fragilidades do processo que levam a uma deficiência de consenso, “que pode ser motivada pela opacidade da estrutura de decisão e de seus pressupostos normativos, pela falta de neutralidade administrativa ou por um dissenso quanto aos valores a fundamentam”²⁰¹.

Assim como o entrosamento entre as partes é imprescindível à instituição do consensualismo, quanto ao processo administrativo que o circunda não poderia ser diferente.

Dessa forma, a colaboração seria o âmago do processo administrativo que atende à consensualidade: este, com fito de conferir maior efetividade aos seus resultados a partir de informações advindas de diferentes fontes e fortalecer a legitimidade participativa, seria centrado no envolvimento das partes interessadas em diferentes níveis. Assim, a característica principal do processo administrativo deixa de ser definida pelo controle dos poderes estatais e passa a ser o aumento da colaboração e confiança entre as partes²⁰², que culminará no objeto consensual desse processo: o acordo administrativo. Nas palavras de Alexandra Leitão:

Por sua vez, a concretização do dever geral de colaboração na sua dimensão positiva, também entendida como dever de auxílio ou colaboração em sentido estrito -, exige actuações positivas de apoio material, humano e financeiro e de informação recíproca, que se traduzem na maioria das vezes, em formas voluntárias, como, por exemplo, a celebração de acordos.²⁰³

Frise-se: não se trata de alterar a natureza jurídica do processo administrativo posto, mas de enfatizar a possibilidade de uma expansão desse processualismo para que abrace integralmente condutas que devem ocorrer em um âmbito de negociação.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 30 e 36.

²⁰¹ “*En la sistemática jurídico-administrativa la idea de consenso adquiere significación en la sistematización del desarrollo del procedimiento, abriendo la posibilidad de determinar que debilidades del procedimiento llevan a una deficiencia en el consenso que puede estar motivada por la opacidad de la estructura de la decisión y de sus presupuestos normativos, pero también por la previsible o real falta de neutralidad administrativa o por un disseno em los valores que la fundamentan*” (SCHIMDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Traducción Javier Barnes. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 116.

²⁰² BARNES, Javier. **Towards a third generation of Administrative Procedures**. Conference on Comparative Administrative Law. USA: Yale School, April 2016. p. 3.

²⁰³ A autora disserta sobre a colaboração e a cooperação dentro da Administração Pública como denominações distintas, com classificações próprias. O presente trabalho não promove distinções entre as nomenclaturas. (LEITÃO, Alexandra. **Contratos Interadministrativos**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 86).

O novo processo administrativo, para efetivar os ditames da Administração Pública concertada, se pauta em critérios de incentivo ao fortalecimento da confiança entre as partes, na intensa troca de informações, no caráter cooperativo das partes e no aumento da participação de interessados, sem criar uma tensão dialética advinda dos diferentes pontos de vista que podem ser adicionados à ponderação que culminará na motivação das decisões.

1.3.1 A base para a mudança: as alterações na LINDB promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018

O consensualismo administrativo, em contraposição à atuação verticalizada advinda da imposição dos atos administrativos, extrai da Administração Pública uma conduta horizontal, de alinhamento entre o atendimento ao interesse público e a proteção dos interesses subjetivos.

Contudo, o reconhecimento da guinada consensual não foi de fácil extração. Largas páginas foram dedicadas a discutir a possibilidade de a Administração Pública flexibilizar suas demandas direcionadas ao particular. Outras tantas foram utilizadas para defender ou refutar a utilização de instrumentos privados na seara pública (como a arbitragem). Como já se teve a oportunidade de demonstrar, também foi amplamente discutida a natureza jurídica de instrumentos já constantes do ordenamento jurídico – como o ajustamento de conduta –, a fim de avaliar se realmente faziam parte de um contexto consensual público²⁰⁴.

Para além das dificuldades teóricas impostas à aceitação do consensualismo, existem, ainda, as dificuldades práticas. Nesse sentido, a Administração Pública nem sempre se mostrou propensa a agir de maneira permeável, seja porque não aceita flexibilizações, seja porque teme ser imputada com alguma conduta irregular.

É verdade que tanto a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – que institui o procedimento de arbitragem – assim como a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual dispõe sobre a mediação como um meio de solução de controvérsias, deram passos importantes em direção à implementação do consensualismo público, estendendo à Administração Pública métodos mais propensos à composição amigável. Ocorre que, no primeiro caso, ainda perdura um forte viés adversarial do processo de arbitragem, o que foge

²⁰⁴ Como estudado, o termo de ajustamento de conduta já foi classificado pela doutrina como ato unilateral em sentido estrito, como ato negocial ou contrato administrativo e como negócio jurídico bilateral. Vide: CARNAES, Mariana. **Compromisso de Ajustamento de Conduta e eficiência administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ao escopo de busca de uma conduta mais colaborativa entre as partes. No segundo caso, nas mediações envolvendo a Administração Pública, existe a previsão expressa atinente à “transação por adesão”, instituto que aparece como um desafio a ser superado na implementação de uma cultura verdadeiramente consensual, conforme se verá amiúde no próximo capítulo.

Por isso se entende que a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 foi o verdadeiro marco de mudança da conduta pública, sacramentando a existência de uma Administração Pública consensual, fazendo constar na LINDB previsões expressas que garantem a celebração de ajustes por parte do gestor público que vão além da mera oferta de adesão à contraparte privada. A inclusão dessa previsão geral no interior de uma lei introdutória serve para balizar a prática do Direito em todas as esferas, para que não restem dúvidas quanto à implementação do consensualismo administrativo.

Mas não só isso. A Lei nº 13.655/2018 também inseriu na LINDB previsões de condutas específicas que se esperam de uma gestão pública eficiente, a fim de garantir maior segurança jurídica a partir da superação de distorções encontradas na atividade administrativa como: o indeterminismo no conteúdo das normas; a superficialidade na formação do juízo administrativo; o baixo *enforcement* das decisões públicas; a concorrência decisória com órgãos de controle; os custos de litigância e controle das decisões administrativas; e o viés autoritário existente na edição de normas pela Administração Pública²⁰⁵. Conforme a exposição de motivos:

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.²⁰⁶

Dessa forma, ainda que sem alterar a lei de processo administrativo federal, a Lei nº 13.655/2018 normatizou novas balizas de conduta pública, com vistas a superar os obstáculos atinentes não apenas ao consensualismo, mas a toda uma atividade administrativa decisória.

²⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278.

²⁰⁶ Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&ts=1593913219692&disposition=inline>. Acesso em: 17 abr. 2021.

Passou-se a exigir análise das consequências concretas da decisão, com motivação suficiente que demonstre sua necessidade e adequação, e sem que haja imposição de ônus excessivos (art. 20 e art. 21); exige-se a interpretação adequada das normas sobre gestão pública e a consideração sobre o entorno fático no qual o gestor estava inserido quando tomou a sua ação, além de impedir-se uma responsabilização injusta da autoridade decisória (art. 22); dispõe-se sobre um regime de transição quando estabelecida nova interpretação ou orientação (art. 23); impede-se invalidação de situações constituídas por mera alteração posterior de orientação, que difere daquela existente à época em que a ação foi tomada (art. 24); dispõe-se sobre a possibilidade de a Administração Pública firmar ajustes e seus detalhamentos (art. 26); determina-se a compensação de benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos (art. 27); garante-se responsabilização pessoal do agente público apenas quando houver dolo ou erro grosseiro (art. 28); prevê-se a possibilidade de consulta pública quando da edição de atos normativos (art. 29); e dispõe-se sobre a atuação pública, sempre inclinada a aumentar a segurança jurídica (art. 30).

Nesse sentido, tomando por inspiração o espírito da Lei nº 13.655/2018 de solucionar problemas atinentes à atividade pública decisória, bem como o “regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares”²⁰⁷ disposto no artigo 26 do citado normativo, somado à permanência de desafios operacionais que permeiam a celebração de acordos administrativos (que serão debatidos no próximo capítulo), abriu-se espaço para novas proposições que visem melhor endereçar a conduta administrativa consensual.

Para além de todas as garantias introduzidas na LINDB por meio da Lei nº 13.655/2018 e para além das garantias já existentes na Lei nº 9.784/1999, enxerga-se a oportunidade de refinar ainda mais a relação público-privada inserta na seara consensual. O reconhecimento do consensualismo dentro do processo, ou seja, não apenas nos instrumentos, mas na conduta que as partes devem adotar, permite melhor esmiuçar a forma como esses contatos devem ocorrer.

As alterações promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 transformam o momento atual em um *point of no return* no que toca à celebração de acordos administrativos. E estes devem ser permeados por balizas próprias, que enalteçam a concertação administrativa, confirmam transparência suficiente aos diálogos da negociação,

²⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 280.

aumentem o escopo da participação dos particulares, confirmem soluções mais adequadas ao caso concreto sem, é claro, ferir o interesse público.

Em razão disso e da escassez de regras de regência das atividades negociais, vislumbra-se um cenário favorável à proposição de criação de uma matriz processual negocial capaz de pautar a conduta das partes durante a negociação de um acordo administrativo, com vistas a conferir maior segurança jurídica à conduta pública e superar os desafios que serão adiante analisados.

1.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL: UMA MATRIZ

Não se pode perder de vista que o processo administrativo serve a toda função administrativa, isto é, “não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa”²⁰⁸. Por esse motivo, é preciso que o processo se adapte às novas realidades, de forma a se tornar útil para os fins que se destina. Conforme aponta José Roberto dos Santos Bedaque:

O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta.²⁰⁹

Nesse sentido, a função concertada também estaria envolta por um processo administrativo, útil para pautar as negociações travadas pela Administração Pública. Através desse processo, devem se fortalecer os laços consensuais, com desfechos construídos pelas partes, decorrentes da conjugação de interesses ponderados ao longo desse itinerário. Diferentemente do entendimento clássico do processo administrativo, cujos atos encadeados resultam em uma decisão embasada em normativos que predeterminam seu conteúdo, o processo administrativo negocial deve ser usado como instrumento de busca para uma solução criativa, cujo conteúdo dependerá de cada caso específico.

²⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Andrés Guillermo (coord.). **As Leis de Processo Administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006c. p. 19.

²⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 80.

Este é o primeiro paradigma do processo negocial: a arquitetura do processo que culmina em um acordo deve ser diferente. A essência do processo administrativo é servir de instrumento para aplicação de uma determinação legal previamente estabelecida. Por outro lado, a essência do processo administrativo negocial é criativa: ele opera em um ambiente não hierarquizado que valoriza a colaboração público-privada, projetado para criar a melhor solução, em vez de encontrá-la previamente estabelecida no ordenamento²¹⁰.

O processo administrativo, até então semelhante ao desenho institucional dos processos jurisdicionais - em que a autoridade administrativa passa a ser a “boca da lei” quando vinculada ao princípio da legalidade²¹¹ - se afasta desse prisma para se moldar aos novos desígnios da Administração Pública de criar uma solução customizada ao caso específico que se debate.

Construído através do processo negocial, o acordo de vontades, conforme dispõe Luciano Alfonso Parejo, atua “como gerador de regras jurídico-administrativas e torna o sujeito comum uma parte ativa na definição e realização do interesse geral, causando uma real mudança na construção dogmática do Direito Administrativo”²¹².

Nem importaria dizer, mas, por cautela, é preciso reforçar que não se trata de perpassar o princípio da legalidade e, muito menos, deixar ao arbítrio das partes a estipulação de um resultado que não seja ideal ao interesse público. Ao contrário, o processo administrativo negocial passa a ser garantidor do uso de instrumentos flexíveis, conferindo transparência, eficiência, motivação e racionalidade à discricionariedade, que poderá ser

²¹⁰ Tradução livre de: “*Third-generation procedures operate in a new, non-hierarchical and decentralized environment that values public-private and inter-agency cooperation, national-supranational governance and administrative processes designed to create the best solution rather than find it in a previously enacted statute.*” Javier Barnes classifica os processos administrativos em três gerações: (I) a primeira geração diz respeito aos comandos autoritários advindos do processo como autorização, licença, permissão; (II) a segunda diz respeito ao rulemaking, a atividade normativa da Administração Pública; e (III) e a terceira, que deseja estabelecer uma colaboração entre os atores processuais. O processo negocial a que nos referimos estaria alocado na terceira geração. (BARNES, Javier. **Towards a third generation of Administrative Procedures**. Conference on Comparative Administrative Law. USA: Yale School, April 2016. p. 12).

²¹¹ “O administrador e o juiz, ao exercerem suas atividades (produzindo atos administrativos e sentenças), apenas aplicam a lei, apenas realizam concretamente a vontade geral, sem que suas vontades particulares interfiram no processo” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017b. p. 45).

²¹² Nas palavras do autor: “*Pero, de otro y en lo que aquí más importa, generaliza (más allá de su campo tradicional: la actividad contractual propiamente dicha) el acuerdo de voluntades como generador de reglas jurídico-administrativas, hace del sujeto ordinario parte activa de la definición y realización del interés general y trae a primer plano verdaderas relaciones jurídicas – incluso de larga duración – basadas en aquellas reglas; con la consecuencia, todo ello, del trastrocamiento de elementos basales de la arquitectura establecida del Derecho administrativo y la necesidad, por tanto, de un verdadero cambio em la construcción dogmática de éste*” (PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 11-43, jul./set. 2003a. p. 15).

controlada. Assim, a decisão das partes ainda se submete integralmente à lei e aos princípios, respeitando todos os ditames do Estado Democrático de Direito. Nesse quesito, explica Juan Carlos Cassagne que:

O procedimento tem que se enriquecer com novas perspectivas que ampliem o limite administrativo associado à participação dos cidadãos em campos e setores variados, sem prejuízo da legalidade e eficácia [...] a arquitetura constitucional e legal do processo administrativo precisa encontrar um equilíbrio que permita harmonizar os princípios do Estado de Direito – especialmente os de legalidade e eficiência – com a dimensão informadora e de consenso social que se procura com a transformação do procedimento administrativo.²¹³

A função criativa do processo administrativo negocial não escapa ao Direito. Ela se apoia na função valorativa dos fatos apresentados concretamente, do ambiente dentro do qual o acordo será firmado, dos destinatários impactados pelos compromissos clausulados, que melhor servirão ao caso concreto. Mencionada atividade valorativa criadora vem explicada por Luis Recaséns Siches, quando emana doutrina da lógica do razoável:

A função valorativa não está reservada exclusivamente ao legislador. Ao contrário, a função valorativa penetra, permeia e impregna todos os graus da produção do Direito. A função do juiz, nesse sentido, embora permanecendo, como assim deve ser, obediente ao Direito positivo, válido e atual, é sempre criativa; pois se alimenta de um rico complexo de avaliações particulares em pontos singulares. Essas avaliações podem ser realizadas com autoridade apenas por órgãos judiciais ou administrativos, conforme o caso.²¹⁴

O processo negocial parte em busca de uma solução criativa advinda da colaboração entre as partes. Em verdade, a essência do processo negocial seria a colaboração, em que os interessados, em conjunto, tentam superar os problemas postos a partir do diálogo. Continua Luis Recaséns Siches: “Parece-me ser de permanente importância insistir no diálogo, no

²¹³ Tradução livre de: “*El procedimiento ha de enriquecerse con nuevas perspectivas que amplíen el ámbito del accionar administrativo a través de la participación de los ciudadanos en variados campos y sectores, sin desplazar los principios de legalidad y eficacia. [...] la arquitectura constitucional y legal del procedimiento administrativo precisa encontrar un adecuado equilibrio que permita armonizar los principios del Estado de Derecho – particularmente los de legalidad y eficacia – con la dimensión informadora y de consenso social que se procura con la transformación del procedimiento administrativo*” (CASSAGNE, Juan Carlos. La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 67, p. 29-45, 2011. p. 45).

²¹⁴ Tradução livre de: “*La función valoradora no está reservada exclusivamente al legislador. Por el contrario, la función valoradora penetra, permea e impregna todos los grados en la producción del Derecho. La función del juez en este sentido, aun manteniéndose como debe hacerlo, dentro de la obediencia al Derecho positivo, válido y vigente, es siempre creadora; pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre los puntos singulares. Estas valoraciones pueden ser llevadas a cabo con autoridad solamente por los órganos judiciales o por los administrativos, según los casos*” (SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho**. 15. ed. México: Editorial Porrúa, 2006. p. 260.)

debate, no confronto de diferentes argumentos, na avaliação de cada uma das alegações, em atribuir a cada uma delas o sentido, o papel e o alcance que lhe correspondam”.²¹⁵

Como se vê, a forma de efetivar essa colaboração é assegurar o permanente fluxo de informações entre as partes. A partir dessa negociação constante, coloca-se para reflexão outro paradigma da nova processualidade: o momento que as partes têm para se manifestar dentro do processo. O processo administrativo comum obedece ao princípio do formalismo moderado, com previsão de ritos não tão rígidos quanto um processo judicial, mas suficientes para conferir segurança às partes²¹⁶. Assim, existem ocasiões específicas para que a parte apresente seus argumentos (defesa, alegações, memoriais, recursos), apesar de que, embasado pelo direito constitucional de petição (Art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”), também seja possível que ocorram manifestações fora dessas janelas temporais, cuja análise pela Administração Pública ocorrerá se o interesse público assim o exigir.

No processo negocial, por outro lado, essa dinâmica pode não ser suficiente. As manifestações tidas como intempestivas não podem depender da conveniência e oportunidade da Administração em analisá-las. Na construção em conjunto de uma solução, é preciso que seja mantido um intenso e fluido diálogo, capaz de trazer relevantes dados ao resultado final e que não se satisfaz com ocasiões específicas que permitam essa manifestação. Para Javier Barnes:

A ação do legislador deveria se estender a uma compreensão mais moderna do procedimento, que serve de suporte integrador de uma realidade heterogênea: o procedimento como espaço no qual se produz o intercâmbio de informações entre a Administração e o cidadão e entre as Administrações entre si (terceiro nível) [...] Em contraste com a antiga concepção que enfatizava a resolução final, ou seja, o produto formal do processo essencialmente bilateral, a doutrina mais moderna se concentra em sua dimensão informativa, na troca de informações.²¹⁷

²¹⁵ Tradução livre de: “*Paréceme que tiene una importancia permanente el insistir sobre el diálogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre el aquilatar cada un de los alegatos, sobre el atribuir a cada uno de ellos el sentido, el papel y el alcance que le corresponda*” (Ibid., p. 261).

²¹⁶ Como ensina Odete Medauar: “Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 208).

²¹⁷ Tradução livre de: “*La acción del legislador habría de extenderse a una comprensión del procedimiento más moderna que sirva de soporte integrador a una heterogénea realidad: el procedimiento como espacio donde se produce el intercambio de información entre la Administración y el ciudadano y las Administraciones entre sí (tercer nivel). [...] Frente a la antigua concepción que ponía el acento en la resolución final, es decir, en el producto formal de un procedimiento esencialmente bilateral, como se ha dicho, la doctrina más moderna se centra en su dimensión informativa, en el intercambio de información*” (BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008b. p. 11-69. p. 24).

Na explicação de Sabino Cassese, “não é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento. A série ou sequência se adapta à necessidade do acordo”²¹⁸. Dessa maneira, o encontro das partes para a promoção da negociação pode não seguir uma sequência procedimental linear, o que demanda uma rigidez ainda menor das formas desse processo administrativo.

O processo negocial, então, deixaria espaço livre para a troca de informações entre as partes, desde que, claro, sejam aquelas atreladas ao objeto do que está sendo negociado e que haja a intenção de chegar a um resultado efetivo. Portanto, deve-se evitar, nesse quesito, a infundável troca de informações que firam a celeridade processual e atentem contra a efetividade do instituto. Não é desejável que se estenda a negociação para além do que for realmente necessário, como forma de estressar a relação – novamente, importante relembrar que as partes estão trabalhando em prol de um objetivo conjunto. Para Javier Barnes:

A colaboração por meio do procedimento pode seguir um padrão tradicional – uma sequência de atos de autoridade encadeados, nos quais a participação da Administração se localiza em um ponto determinado da linha – ou um modelo mais moderno, flexível e informal, de natureza não sequencial, mas aberta e às vezes simultânea ou em forma de estrela (conferências, reuniões, fóruns etc.). A lei, no último caso, tende a não prescrever de modo rígido os instrumentos cooperativos apropriados para cada momento, e atribui às Administrações participantes, normalmente dirigidas pela Administração responsável, a eleição de meios apropriados (reunião de especialistas, consultas públicas, fóruns interadministrativos, conferências para construção de consenso, grupos de direção etc.).²¹⁹

Ademais, é preciso avaliar o elemento qualitativo da troca de informações. Este é outro paradigma do processo: merece atenção a qualidade das informações trocadas ao longo do processo que culmina em um acordo, que devem ser transparentes, integrais, dadas em confiança, sem medo.

²¹⁸ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010. p. 143.

²¹⁹ Tradução livre de: “*La colaboración por medio del procedimiento puede seguir, bien un patrón tradicional – una secuencia de actos de autoridad encadenados, en la que la participación de cada Administración se ubica en un punto determinado de la línea, o bien un modelo más moderno, flexible e informal, de naturaleza no secuencial, sino abierta y en ocasiones simultanea o en forma de estrella (conferencias, reuniones, foros, etc.). La ley en este último caso tiende a no prescribir de modo rígido las técnicas o instrumentos cooperativos que procedan en cada momento y atribuye a las Administraciones participantes, dirigidas de ordinario por la Administración responsable, la elección de los medios apropiados (reuniones de expertos, encuentros con el público, fotos interadministrativas, conferencias para la consecución del consenso, comités de asesoramiento, grupos de dirección, etc.)*” (BARNES, Javier. *La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional*. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008a. p. 231-266. p. 253).

Somente através da troca de informações será possível, de fato, entender a realidade e ponderar corretamente os interesses envolvidos. Explica Ricardo García Macho que a informação tem função nuclear de apoio ao resultado do processo administrativo, e o intercâmbio dessas informações entre as partes “facilitaria para que a solução fosse adequadamente ponderada”²²⁰.

Não se nega a existência de interesses contrapostos também na seara dos acordos administrativos, motivo pelo qual será conduzida uma negociação. Ocorre que a essência do instituto é buscar a convergência desses interesses para uma solução que atenda tanto ao interesse da Administração Pública, gestora do interesse público, quanto ao interesse do particular²²¹. Ou, ainda, caso seja um acordo envolvendo apenas entidades públicas, que haja convergência quanto ao intento do acordo, ou seja, convergência entre os interesses dessas entidades como pessoas jurídicas distintas.

E tal somente ocorrerá com o fluxo permanente de informações honestas sobre a realidade que se deseja alterar, sem medo de retaliações. Isso fará que a informação seja fornecida em caráter voluntário. Como consequência, a ideia de litigiosidade dual atrelada ao processo administrativo será alterada, visto não mais haver uma parte elaborando estratégias para atuar contrariamente à outra. Conforme explica Javier Barnes:

Por exemplo, as estratégias regulatórias baseadas na busca pelo consenso e na cooperação público-privada (convênios, acordos, regulamentos negociados etc.) requerem um esquema alternativo ao procedimento contraditório e bilateral. Em termos mais abstratos, uma coisa é negociar, outra muito diferente é argumentar. Uma e outra função requerem estruturas procedimentais bem distintas.²²²

O que se deseja é uma negociação colaborativa entre as partes, que podem contar, inclusive, com a participação de terceiros para conferir melhor resolução ao problema posto.

²²⁰ GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús. Procedimiento Administrativo y Sociedad de la Información y del Conocimiento. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 182-229. p. 214.

²²¹ Em interessante obra de *aggiornamento* da doutrina de Hely Lopes Meirelles, o autor Gustavo Justino de Oliveira aborda a diferença entre acordos e contratos exatamente no sentido de que, enquanto os interesses contratuais são opostos (como no caso do contencioso administrativo comum), os interesses em um acordo são convergentes. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 516-527.)

²²² Tradução livre de: “*Por ejemplo, las estrategias regulatorias basadas en la búsqueda del consenso y en la cooperación público-privado (convencios y acuerdos, reglamentos negociados, etc.) requieren un esquema alternativo al procedimiento contradictorio y bilateral. En términos más abstractos, una cosa es negociar y otra, muy distinta, argumentar. Una y otra función requieren estructuras procedimentales bien distintas*” (BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 11-69. p. 23).

O processo administrativo negocial possui, então, uma arquitetura em forma de estrela, que conta com o influxo de informações provenientes de diferentes fontes, em oposição ao modelo linear clássico, permitindo ampliar o espectro de participação tanto das partes quanto dos demais interessados, tornando o processo e, por consequência, seu resultado, mais integrados.

Este seria um outro paradigma a ser observado: é certo que no processo comum existe previsão para a participação de terceiros interessados; inclusive, na legislação brasileira, antes da decisão, pode-se abrir oportunidade para realização de consulta ou audiência pública, dependendo da relevância do tema tratado. Contudo, por vezes, a participação externa – entendida esta como advinda de um corpo técnico, da sociedade civil assim como dos próprios entes públicos – acaba sendo tolhida para não tumultuar o andamento processual, para não influenciar na celeridade do processo ou, ainda, para preservar a força da competência da autoridade que está tratando o caso.

Na mesma toada da troca de informações entre as partes, os terceiros interessados também merecem a devida atenção na construção do acordo. Os aspectos técnicos devem conferir clareza aos negociantes quanto à possibilidade da assunção de um compromisso, calibrando expectativas quanto a sua execução, tempo, extensão, dentre outros fatores específicos. Os aspectos sociais servem para angariar conhecimento acerca da demanda da comunidade: é o melhor entender do interesse público para usá-lo como medida de ponderação na estipulação das cláusulas e no direcionamento de políticas públicas. Já a participação de outros entes públicos serve tanto ao fortalecimento da gestão em rede do interesse público coletado, podendo se espraiar em diferentes níveis federativos (e colocando todas as Administrações Públicas na mesma página), como também de forma a coordenar expectativas entre a entidade que firma o acordo e a entidade administrativa de controle. Nesse sentido,

O procedimento administrativo não é apenas uma garantia de acerto na tomada de decisões, instrumento de proteção ou tutela individual, causa de participação popular ou meio para conferir maior eficácia à ação administrativa. É também uma ferramenta para colaboração entre Administrações.²²³

²²³ Tradução livre de: “*El procedimiento administrativo no es sólo garantía de acierto en la toma de decisiones, instrumento de protección o tutela individual, cauce de participación ciudadana o vía para imprimir mayor eficacia a la acción administrativa. Es también una herramienta para la colaboración entre Administraciones*” (BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008a. p. 231-266. p. 244).

Repita-se: a característica marcante do processo administrativo negocial é a criação de uma arena cooperativa entre as partes, que permite o sopesamento de interesses, que permite criar uma solução mais condizente com a realidade fática e mais uniforme.

Contudo, essa troca de informações entre as partes e entre estas e terceiros não pode ser meramente formal. Nos mesmos moldes já debatidos anteriormente acerca do devido processo legal – cuja faceta substancial exige que a defesa apresentada influencie positivamente na decisão final administrativa –, o devido processo legal do processo administrativo negocial deve garantir que as contribuições trazidas aos autos sejam efetivamente ponderadas.

Aqui reside a importância de trazer a negociação para o interior do processo administrativo. De acordo com o comando apresentado pelo artigo 20 da LINDB, não é possível que a decisão se pautem em conceitos abstratos, sendo preciso conferir uma visão consequencialista e, principalmente, responsiva às escolhas administrativas, funcionando como um “qualificativo (ou reforço) ao dever geral de motivação”²²⁴. Afasta-se, assim, a insegurança de se ter uma escolha pautada em valores voláteis e indeterminados “na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”²²⁵.

Nesse sentido, o acordo administrativo final deve guardar compatibilidade com a situação fática que ensejou a sua construção. E a compreensão desse contexto dentro do qual o acordo surgiu somente poderá ocorrer a partir da análise das etapas que culminaram em sua edição, incluindo a negociação.

A partir da visibilidade conferida aos termos que foram propostos e contrapostos, juntamente com a motivação conferida a cada cláusula final estipulada no acordo, será possível vislumbrar se realmente houve o sopesamento de ideias, se realmente o devido processo legal substantivo foi respeitado. Mais do que um mero controle de correção na atuação das partes, a negociação transparente legitima a atuação horizontal que se espera da Administração consensual. Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma:

Como se sabe os acordos administrativos têm uma dinâmica de aperfeiçoamento marcadamente bilateral, aperfeiçoando-se mediante a convergência de vontades entre os celebrantes sobre as cláusulas que, uma vez cumpridas, determinam a terminação consensual do processo administrativo. A fase de negociação é

²²⁴ FERNANDES, Rafael Pereira. Ação Administrativa e Controle Externo no Brasil: novas balizas a partir do art. 20 da LINDB. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 124.

²²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 215.

fundamental, portanto, ao bom desempenho dos acordos e adequada satisfação das finalidades específicas às quais se dirige.²²⁶

Em outros termos, a atuação horizontal a partir do respeito ao devido processo legal substantivo ocorre no momento que a solução deixa de ser imposta para ser efetivamente negociada entre as partes. Essa efetiva negociação depende, então, de uma relativa paridade entre as partes, sendo este elemento mais um paradigma do processo negocial. Importa antecipar que a paridade não reside necessariamente nas obrigações que cada parte deve cumprir. Por exemplo, em um acordo envolvendo a substituição de sanção, existe um núcleo mínimo que deve ser imposto à parte, como o ajustamento de uma conduta irregular (não se reputa possível considerar manter viva uma conduta ilegal). A paridade advém da ideia de que tanto a Administração Pública como o particular se subordinam, em igual medida, ao Direito:

Precisamente como sujeito jurídico, o Estado está perante o ordenamento (claro, independentemente da posição de supremacia em que seus centros de ação se encontrem como centros de exercício do poder soberano) em uma posição de igualdade com qualquer outro sujeito jurídico, estando submetido aos mesmos deveres legais que decorrem do ordenamento e sendo ainda titular dos mesmos poderes e direitos legais que o ordenamento reconhece a todos os sujeitos.²²⁷

Dessa forma, em exigindo o Direito a participação e a proteção do indivíduo, suas contribuições e seus direitos devem ser considerados no desenvolvimento das cláusulas concertadas, com força para fazer valer aquilo que lhe é relevante. Assim, o processo administrativo negocial tem a paridade como paradigma a ser seguido, conferindo igual relevância às propostas, independentemente de sua origem, devendo estas ser igualmente consideradas, tornando as partes verdadeiras protagonistas na construção do acordo firmado.

E assim não poderia ser diferente, uma vez que a construção do resultado advindo do processo administrativo negocial se pauta pela democracia participativa, oferecendo à parte efetiva possibilidade de exercer sua contribuição merecedora de proteção jurídica, de

²²⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. *In*: SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 12.

²²⁷ Tradução livre de: “*Precisamente como sujeto jurídico, el Estado se encuentra frente al ordenamiento (por supuesto, independientemente de la posición de supremacía em que se encuentren sus centros de actuación como centros de ejercicio del poder soberano) en posición de igualdad con cualquier otro sujeto jurídico, estando sometido a los mismos deberes jurídicos que nacen del ordenamiento y siendo también titular de los mismos poderes jurídicos y derechos que el ordenamiento reconoce a todo sujeto jurídico*” (ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tradução Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Casa Editorial, 1970. p. 211).

partilhar das decisões e influenciar na divergência de opiniões, fechando o círculo legitimador do contato entre os atores.

O processo administrativo negocial traz consigo valores contemporâneos de como as relações entre as partes devem ser travadas, em uma arena que incentive o intercâmbio de informações, conferindo visão aos passos e motivos que construíram dado resultado. Essa nova perspectiva naturalmente faz aumentar a confiança entre as partes, pois, de um lado, o particular se vê elevado à posição de protagonista, tendo a certeza de que seus interesses serão sopesados e protegidos; de outro, com as informações fornecidas ao longo do processo, a Administração Pública passa a ter, ao mesmo tempo, uma visão macro e micro sobre os desafios que as cláusulas concertadas devem superar, calibrando melhor a maneira de satisfazer o interesse público. Por fim, o aumento da confiança se nota inclusive na relação entre entidades da Administração, pela maior coordenação e uniformidade que se pode extrair desses novos parâmetros.

Tudo isso traz segurança jurídica aos acordos administrativos – já que contarão com a aderência das partes quanto às suas cláusulas, aumentar-se-ão as chances de cumprimento dos compromissos previamente negociados e calibrados de acordo com a capacidades das partes²²⁸, garantir-se-á tratamento equânime a situações semelhantes²²⁹ e diminuir-se-ão as possibilidades de questionamento das cláusulas postas e conseqüente alteração ou invalidação do instrumento –, conferindo-lhes estabilidade, formando uma espécie de coisa julgada administrativa.

Existe um objetivo a ser atingido por meio do processo; escopo esse que não pode ser desfeito depois de alcançado. Por isso que, tanto para o poder público quanto para a coletividade, é relevante a atribuição de estabilidade à decisão final. [...] Afinal, sem segurança jurídica não há nem relações jurídico-administrativas, nem estado de direito, nem princípio da legalidade. De nada adiantaria a lei determinar que o processo administrativo deva culminar em certo ato final se os agentes administrativos não se virem compelidos a cumpri-lo, eis que não pode haver

²²⁸ “Pois é substancialmente essa mesma concepção de que, nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada (a *fides* como *fit quod dicitur* da definição ciceroniana⁴) que, em última análise, da conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado” [⁴*De Officiis*, 1.7.23, *De Re Publica*, IV. 7: *Fundamentum autem justitiae est fides, id est dictorum conventorumque consta tia et vetitas*] (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004. p. 273).

²²⁹ “Trata-se de imperativo lógico (a disparidade corrói a confiabilidade do sistema) e principiológico (a segurança jurídica não convive com a leviandade nas decisões)” (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 202).

qualquer liberdade de inexecução de decisões administrativas pela própria administração pública.²³⁰

Não se confunda, entretanto, com o encerramento do processo administrativo como um todo. O que aqui se coloca é o encerramento do processo negocial que deu azo ao acordo, então estabilizado a partir de sua celebração. Contudo, ainda existe uma “última milha” que é o acompanhamento da execução do compromisso firmado, que pode culminar, inclusive, em um processo sancionatório caso haja descumprimento de seus ditames²³¹. Segue-se, então, o entendimento de Marçal Justen Filho de que a coisa julgada administrativa seria “o efeito jurídico acarretado pelo encerramento de um procedimento administrativo, em virtude do qual se torna vedado rever a decisão nele adotada sem a instauração de procedimento específico e distinto”²³². É claro que a coisa julgada administrativa que se reporta é meramente formal, dado que o conteúdo administrativo não foge ao possível controle jurisdicional. O que importa dizer aqui é que como o resultado do processo negocial é o acordo em si, considera-se essa fatia processual finalizada.

Um acordo pautado por regras processuais próprias confere segurança jurídica não apenas ao instrumento do acordo em si, mas também às partes, que se sentirão mais seguras para promover negociações sem que fiquem envoltas na nuvem de desconfiança sobre uma possível captura ou corrupção. Evita-se, pois, a paralisia administrativa, tal como interpretada por Roberto Dromi ao apresentar a Administração como uma máquina de impedir: “em caso de dúvida, abstenha-se; se é urgente, espere; sempre é mais prudente não fazer nada”²³³.

²³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018. p.252-253.

²³¹ “Insista-se nisto: a celebração do TAC não encerra o processo que lhe deu causa, apenas resolve consensualmente o tema litigioso, gerando um ato bilateral cuja execução tem de ser feita, impulsionada e controlada no mesmo processo. O processo não se extingue com a simples celebração do TAC porque sua finalidade não está, ainda, exaurida, faltando obter materialmente a conduta desejada do particular. Não é caso de extinção (art. 52, primeira parte, da Lei de Processo Administrativo Federal). Assim, as providências administrativas para aferir o exato cumprimento do termo não são atos avulsos, tampouco mera preparação de futuro e eventual processo sancionatório” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 90-95, jan./mar. 2008. p. 92).

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 378.

²³³ Tradução livre de “[...] *De lo contrario, aquélla se convierte en una ruinosa ‘máquina de impedir’ sólo fiel a lo que hemos bautizado como ‘el código del fracaso’ que dice: ‘artículo 1º: no se puede; artículo 2º: en caso de duda, abstenerse; artículo 3º: si es urgente, esperar; artículo 4º: siempre es más prudente no hacer nada’.* Hoy es un ‘reto al rito’ dar la batalla por la eficiencia del Estado” (DROMI, Roberto **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 35).

Ao mesmo tempo, valoriza-se a equidade no sentido de buscar no acordo o que é justo, em um contexto no qual a lei não prevê de antemão a solução. Como antes mencionado, o processo administrativo negocial é criativo, e através dele se constrói um acordo cuja autorização geral está positivada, mas sem que haja delimitação de seus meandros, que serão analisados apenas no caso concreto. Sendo assim, o consenso justo a todos os enfoques vem a partir da ponderação de todas as variáveis da relação. Conforme explica Vicente de Abreu Amadei:

Dado – e bem exposto – o fato, vem o esforço da qualificação jurídica justa, com atenção à realidade jurídica nele imbricada. Campo próprio, pois, às motivações ou aos fundamentos jurídicos da decisão que moldam os princípios jurídicos e as normas legais, ao caso, em juízo prudencial e com equidade, promovendo também, as ponderações de valores e bens, vem como a ampla consideração das consequências práticas da decisão, em concreta e realística inteligência que envolve a diagnose de fato, a qualificação jurídica e a prognose da solução, sem descaso à moralidade do agir humano em geral, às exigências do bem comum e da natureza das coisas, a incluir aí, obviamente, a natureza humana e a natural sociabilidade dos homens, com lastro ontológico e transcendente.²³⁴

Um último ponto merece breve menção: baseado no entendimento esposado por Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari de que “processo refere-se aos comandos estruturantes da relação jurídica”, enquanto que “procedimento reporta-se ao rito (formalidades, local, tempo, etc.) que instrumentaliza o processo”²³⁵, a presente proposta está a falar de um verdadeiro processualismo voltado ao consenso, e não apenas uma procedimentalização específica aos acordos administrativos. Até porque, os acordos administrativos podem assumir inúmeros matizes com, aí sim, procedimentalização

²³⁴ AMADEI, Vicente de Abreu. Interpretação Realista. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 79-80.

²³⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37. Não se pretende aprofundar a discussão acerca de diferença entre processo e procedimento, já bastante exaurida na doutrina. Em termos práticos, a tese adota entendimento esposado por Carlos Ari Sundfeld sobre a indiferença entre as nomenclaturas. A distinção ora externada se mostra útil apenas para fins dogmáticos, facilitando a diferenciação entre regras de atuação genéricas e regras de atuação específicas, aplicáveis a cada situação em particular. Sobre a diferença entre processo e procedimento, vide: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.402-406. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.357-358. SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 5, n. 9, p. 383-391, set. 1989. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.45-68. MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004. p. 326-331. Sobre a indiferença entre as nomenclaturas vide SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Processo Administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Andrés Guillermo (coord.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 19 e ²³⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014b. p. 182.

específica que melhor enderece os aspectos que lhes são próprios. Assim, é claro que os meandros para celebrar um acordo de leniência não são os mesmos usados para firmar um ajustamento de conduta em diferentes esferas, por exemplo, cujo detalhamento será delineado através de cada procedimento específico (que estabelecerá, a título de exemplo, a autoridade competente, os deveres específicos das partes, as consequências no caso de descumprimento das cláusulas etc.). O que se intenta mostrar é a possibilidade de haver uma processualidade “guarda-chuva” que proteja a atividade negocial administrativa, independentemente da forma como esse acordo administrativo seja materializado, e que sirva de meio para superação dos desafios a seguir relacionados.

Em conceito, o processo administrativo negocial consiste no conjunto de critérios que devem pautar a negociação promovida pela Administração Pública, conferindo a ela um tratamento jurídico específico.

1.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO

O presente capítulo se dedicou a demonstrar uma linha do tempo que atestasse a criação de uma matriz processual negocial como decorrência lógica da evolução do Direito e das atividades exercidas pela Administração Pública.

Partiu-se do ato administrativo como instrumento do Estado de Direito, capaz de romper com os paradigmas das monarquias absolutistas, até a perda do seu protagonismo para o processo administrativo, valorizado pelo Estado Democrático de Direito como um meio de aproximação da sociedade ao decidir administrativo, seja para influenciá-lo, seja para controlá-lo.

O mesmo racional democrático que valorizou o processo, quando alimentado pelos ideais de eficiência administrativa, passou a fomentar a busca por outros instrumentos (dentre eles, os acordos administrativos) que elevassem ainda mais a permeabilidade administrativa e que estabelecessem um verdadeiro consenso, dando maior efetividade às escolhas do gestor público.

Apesar da desejável implementação do consensualismo, a prática demonstrou resistência ao agir administrativo mais aberto. Esse fato, junto com outras distorções da atividade administrativa decisória, incentivou a criação de balizas gerais do Direito que conferissem maior segurança jurídica na conduta estatal.

Com base em tais diretrizes, e partindo-se da premissa de que toda função administrativa obedece a um rito, notou-se espaço para promoção de alterações outras, capazes de conferir um tratamento jurídico específico à negociação promovida pela Administração Pública, considerando o crescente cenário consensual.

Por isso, entendeu-se necessária a criação de uma matriz processual negocial que regesse a relação das partes quando inseridas em um ambiente consensual, a qual deve ser mais colaborativa, mais paritária, mais criativa, e propiciadora de maior confiança entre as partes. Dessa maneira, poder-se-á garantir uma melhor condução em direção aos acordos administrativos, cujos desafios enfrentados antes de sua celebração serão a seguir analisados.

2 OS DESAFIOS ATINENTES AOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

As partes não resolverão os problemas por meio de um verdadeiro consenso somente porque o instrumento utilizado é denominado de acordo. A falta de uma sistematização que reja a forma de negociação dos acordos administrativos, somada à cultura de desconfiança existente na relação entre cidadão e Administração Pública, faz perdurar a noção adversarial na qual as partes não se colocam como atores interessados em um fim comum – cujo atendimento faz suportar certos sacrifícios –, mas como antagonistas em uma luta entre ganhar ou perder.

Aliada a isso ainda existe a dificuldade de acomodar, em um mesmo instrumento, interesses contrapostos, sem ferir o interesse público extraído da finalidade para qual o acordo está sendo firmado. O receio de errar o caminho para o atingimento do interesse público via negociação, em conjunto com os múltiplos interesses advindos do Estado pluriclasse, é capaz de paralisar o agente público, que buscará conforto e segurança na imposição e na previsibilidade, em oposição à negociação e criatividade.

A classificação dos desafios enfrentados na celebração dos acordos administrativos segregou-os, para fins organizativos, em três grupos diferentes, porém imbricados: tem-se os desafios derivados da postura adversarial entre as partes, os desafios advindos do exercício impositivo da Administração Pública e os desafios que derivam do controle do acordo administrativo. Esses foram os principais desafios notados e estudados no que tange à prática negocial com a Administração Pública e que podem incorrer em maior ou menor intensidade a depender da espécie de acordo firmado e das partes envolvidas. Passa-se, então, sem a intenção de colocá-los em um rol exaustivo, a analisá-los.

2.1 OS DESAFIOS ATINENTES À POSTURA ADVERSARIAL DAS PARTES

A afirmação de Marçal Justen Filho sobre a evolução da Administração Pública e, claro, da função administrativa em direção à ampliação de soluções negociadas “de modo a reduzir a litigiosidade e ampliar a legitimidade de suas decisões”²³⁶ encontra complemento na doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, quando dizem que: “se se atende à pluralidade de atividades que podem desenvolver as Administrações

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 470.

Públicas, será preciso falar de tantos processos administrativos como matérias ou atividades”²³⁷. A conjunção de ambas as afirmativas faz entender que, se existe uma atividade consensuada, em tese, deveria haver um processo administrativo que lhe desse suporte.

Contudo, apesar da guinada em prol do consensualismo, e apesar de se reconhecer que “o processo administrativo não é adicto a conflitos”²³⁸, a Lei nº 9.784/1999 – e, por consequência, os demais normativos de forma nela inspirados – ainda não carrega consigo regras atinentes a uma postura negocial proativa e colaborativa. Na prática, o processo administrativo ainda se mantém muito mais delineado à lógica adversarial na regência das situações de contato com a Administração Pública, em que “o sujeito de um dos interesses em conflito procura impor a sua realização encontrando resistência do sujeito do outro interesse”²³⁹. Conflito este que poderá ser solucionado por terceiros ou pela própria Administração Pública.

A relação que se desenvolve dentro do processo comumente obedece a uma lógica binária, do tudo ou nada, em que os participantes possuem interesses totalmente contrapostos e aguardam uma decisão visando obter um resultado integralmente favorável para si. É dizer que, durante o embate processual, não se buscam pontos de convergência no objeto que está sob debate: os interesses são antagônicos e as partes buscam ganhar ou fazer perder. Por esse motivo, aquele que perde nem sempre vê a situação como legítima, por entender não ter sido dado crédito suficiente aos seus interesses²⁴⁰.

À primeira vista, não é atribuído ao devido processo legal um viés colaborativo (ou cooperativo)²⁴¹, apesar de sua aplicação não ter “como pressuposto a existência de interesses

²³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 460-461.

²³⁸ “Rigorosamente [...] não há partes num processo administrativo. Não é indispensável a contraposição de interesses parciais e antagônicos para o caracterizar. Talvez justamente por esse motivo que a Lei 9.784 tenha utilizado a palavra ‘parte’ no sentido de pessoa integrante da relação processual em apenas dois dispositivos. Nas demais previsões a lei utiliza o termo interessado. Afasta-se com isso, a dependência da litigância: o processo administrativo não é adicto a conflitos” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 346).

²³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 6.

²⁴⁰ HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 22.

²⁴¹ Apesar de essa característica ter sido suscitada por Odete Medauar quando cita doutrina de Mário Nigro: “o esquema processual responde à exigência pluralista que domina a sociedade atual, pois chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste; deixa de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um compartilhar do poder que se liga ao princípio democrático; realiza-se uma cooperação entre sujeitos públicos e sujeitos privados, entre entidades centrais e descentralizadas, entre órgãos hierarquizados” (NIGRO, Mario. **Manuale di diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 1986, p.727 apud MEDAUAR, Odete. **O direito**

antagônicos”²⁴². Participativo sim, mas não colaborativo. O princípio fundamental é estudado sempre à luz de uma garantia conferida aos interessados contra ações e decisões do Estado que possam afetar sua esfera de direitos, tendo como pano de fundo um cenário puramente adversarial. É raro imaginar o exercício do devido processo legal em um contexto no qual as partes atuarão em sinergia, lado a lado, abertas uma à outra para traçarem o melhor caminho a seguir. O exercício do devido processo legal é comumente atrelado a uma situação de defesa, de escudo contra eventuais males que possam advir da conduta ou omissão do outro²⁴³.

Assim, a influência derivada do devido processo legal no *decision making process* administrativo – no quesito de permitir a participação externa na composição da decisão – é tida como forma de impedir excessos e injustiças pessoais (de interesse específico do participante), e não como forma de buscar uma solução eficiente que atenda aos interesses de ambas as partes.

A “hiperinflação adversarial”²⁴⁴ é um fenômeno naturalmente advindo da construção histórica da relação entre Estado e sociedade, como visto no Capítulo precedente. Em verdade, a própria razão de ser do Direito Administrativo é servir de proteção contra excessos de poderes estatais limitando-os por meio da legalidade, de modo a não ultrapassarem os direitos dos cidadãos. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 225); bem como por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández quando explicam que “o próprio Merkl já tinha percebido que a mais eficaz das garantias é realizada pela colaboração no processo administrativo daquelas pessoas cujos direitos e obrigações são afetadas por ele, de forma que a regulação dessa colaboração viria a ser o instituto fundamental do direito do processo. Essa precoce advertência passou a ocupar hoje um indubitável primeiro plano no marco do Estado Social ao qual é de sua essência a ideia de participação dos cidadãos nos assuntos públicos, o que inevitavelmente projeta sua influência sobre o processo, por meio do qual deverão ser adotadas as decisões nas quais é plasmada a gestão de tais assuntos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo.** Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 457).

²⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 282.

²⁴³ “No que tange às garantias instrumentais do processo, o direito ao contraditório e à ampla defesa colocam o particular em uma posição de litigância com o Poder Público, que não se evidenciava nos períodos de ditadura. [...] Um dos principais objetivos na edição das leis gerais de processo administrativo correspondia à afirmação de direitos individuais oponíveis ao Poder Público em direta contraposição ao cenário anteriormente verificado na ditadura militar de supressão de garantias e superioridade absoluta da Administração nas relações jurídico-administrativas” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014b. p. 189-190).

²⁴⁴ O autor atribui a hiperinflação adversarial a circunstâncias históricas como: “patrimonialismo extrativista, cegueira voluntária de governantes, desconfiança exacerbada em relação a termos de ajustamento de conduta, emprego ardiloso da legalidade de maneira lesiva à Constituição e gestão contaminada pela rigidez autoritária” (FREITAS, Juarez. **Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos.** *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. p. 29).

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado²⁴⁵.

Da afirmativa tão habitual aos estudiosos do Direito, especialmente do direito público, depreende-se um caráter essencialmente defensivo, de resguardo contra alguma coisa, sem vislumbre de uma ação que tenda à sinergia das partes. Apesar dessa função garantista do Direito Administrativo, Juliana Bonacorsi de Palma ainda aponta para o fato de que este foi construído em bases eminentemente autoritárias (inspirado na já citada escola da *puissance publique*), ao conferir poderes exorbitantes à Administração Pública como instrumentos de atingimento do interesse público:

[...] no bojo do Estado Moderno, caracterizado pela concentração de poder então disperso na sociedade na figura do Estado, o direito administrativo surge como uma inata função garantista de defesa dos direitos dos particulares frente ao Poder Público. Todavia, a despeito da função garantista, o direito administrativo nasce com a índole eminentemente autoritária, pois lhe são conferidos poderes exorbitantes e instrumentais à prevalência dos interesses estatais sobre os particulares.²⁴⁶

Assim, de um lado, tem-se um Direito Administrativo defensor do cidadão contra uma ação da Administração Pública e, do outro, um Direito Administrativo permissivo de ações que possam ser impostas pela Administração Pública contra o cidadão, em nome do interesse público. Não é de se esperar, portanto, que, após anos de antagonismo, as partes voluntariamente alterem sua postura adversarial para uma relação aberta e franca, apenas em razão de terem sido instituídos instrumentos voltados à concertação.

Por esse motivo – da mesma forma como ocorreu com a tentativa de superação do entendimento acerca de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o privado (entendimento, inclusive, fomentador da postura adversarial) –, é preciso que sejam conferidas garantias doutrinárias e normativas que atenuem a litigiosidade e garantam uma boa implementação do acordo.

A postura adversarial não se coaduna com as relações que se intencionam consensuais. Supérfluo dizer, nesse ponto, que se reconhecem negociações, de fato,

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 24.

²⁴⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

compostas de interesses divergentes, aquelas denominadas de “distributivas”, nas quais uma parte ganha e outra perde, em oposição a negociações “integrativas”, em que se buscam soluções melhores para todos²⁴⁷. Conforme aponta Egon Bockmann Moreira, as negociações puramente distributivas existem, mas “o problema está em achar que todas as negociações só podem ser distributivas – e ter essa premissa como verdade absoluta, sobretudo naqueles casos que envolvem poderes públicos”²⁴⁸.

Nenhuma negociação (nem mesmo a distributiva) deve ocorrer em ambiente hostil, embaraçoso e de apontamento de defeitos, principalmente aquelas que intencionam transformar o oponente em um aliado na busca de soluções. Trata-se, então, de um arranjo que deve se desenvolver em uma seara o mais aberta possível, que reconheça a existência de interesses contrapostos, mas que parta de interesses convergentes entre as partes para o delineamento conjunto de compromissos eficientes. Nas palavras de Carrie Menkel-Meadow:

Essas abordagens pressupõem que as partes tenham posições diferentes, muitas vezes opostas, mas também que provavelmente compartilhem alguns pontos em comum ou, pelo menos, visões complementares das quais possam surgir soluções. Em vez de se concentrar nas diferenças e contendas, elas começam com pontos em comum. Em vez de cultivar a resistência, os participantes valorizam a criatividade, paciência, persistência, flexibilidade e resiliência.²⁴⁹

A permanência do viés adversarial impedirá o atingimento da satisfação desejada em um acordo administrativo, podendo, inclusive, inviabilizar a celebração do instrumento. A adversariedade tem o condão de minar uma relação já desgastada de antemão, em oposição a amadurecê-la em prol de um interesse comum e da satisfação mais eficiente do interesse público.

²⁴⁷ “Uma negociação distributiva geralmente envolve apenas uma questão – a “torta fixa” – na qual uma pessoa ganha às custas da outra. [...] Pode ser encontrada uma solução e um acordo melhor para todos do que aquela a ser encontrada através de uma simples negociação distributiva. Essa é uma negociação integrativa” (BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. **Negociando Racionalmente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33).

²⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações Público-Privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020b. p. 30.

²⁴⁹ Tradução livre de: “Such approaches assume that parties have different, often opposing, positions, but also that they are likely to share some common ground, or at least complementary views from which solutions may emerge. Rather than focusing on differences and contentions, they begin with commonalities. Rather than cultivating ‘toughness’, participants value creativity, patience, persistence, flexibility, and resilience” (MENKEL-MEADOW, Carrie. The Limits of Adversarial Ethics. In: RHODE, Deborah L. (ed.). **Ethics in Practice: Lawyer’s Roles, Responsibilities, and Regulation**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 123-144. p. 133).

2.1.1 Falta de confiança entre as partes

A primeira consequência bastante comum advinda da relação adversarial é a falta de confiança entre as partes. Paira a impressão geral de que o outro não está sendo totalmente transparente em relação a suas intenções, às informações fornecidas ou aos seus limites e capacidades de agir em determinado sentido no acordo administrativo. Não se está a falar, obviamente, de uma possível ilegalidade advinda de intenções escusas que possam malversar o objetivo do acordo administrativo. Tampouco se fala da abertura de informações estratégicas internas que não interessam ao conhecimento da contraparte. O que se discute é a desconfiança relacionada às informações externalizadas pela parte no tocante à sua possibilidade de contribuir na construção do acordo administrativo. Questiona-se se existe realmente um *full disclosure* a respeito do que se deve manter ou do que se pode flexibilizar no acordo.

Esse comportamento de desconfiança deriva, em grande parte, das relações adversariais travadas no âmbito do processo administrativo, que seguem a lógica do tudo ou nada, e acabam sendo transplantados para a seara da concertação. Em litígio, a fim de fazer valer sua posição, vale suscitar as mais variadas teses e teorias, no intento de desconstruir por completo a posição do outro. Em resposta aos argumentos desconstrutivos, é comum que a parte suscite teses contrapostas (por exemplo, tese da retroação da norma mais benéfica *vs.* tese do *tempus regit actum*), alegue não haver evidências que comprovem o alegado ou ancorem-se em princípios gerais que possam servir à narrativa²⁵⁰. Ao final, é frequente que as decisões se pautem na ampla discricionariedade pública em agir desta ou daquela forma em prol do interesse público, as quais, ainda que devidamente motivadas, nem sempre satisfazem a parte prejudicada e fomentam a desconfiança sobre se realmente houve um devido processo legal substantivo ou uma mera imposição preconcebida.

O relato bastante genérico a respeito de uma dinâmica processual administrativa demonstra situação em que as partes envolvidas adentram ao debate com uma posição determinada e não se mostram tendentes a mudá-la, por entender que é a única posição legítima e que deve prevalecer integralmente.

²⁵⁰ “Vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão [...]. A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 205 e 225).

Quando se passa para o contexto consensual mantendo-se a postura adversarial, as partes continuarão no intento de desconstruir o posicionamento do outro, seja porque simplesmente não acreditam nele, seja porque se veem em uma disputa de ganha ou perde por completo. A polarização e a desconfiança advindas das relações adversariais fazem crer que o que é bom para uma parte é necessariamente ruim para a outra e deve, portanto, ser combatido. Por esse motivo, a desconfiança torna as partes inflexíveis em suas posições, mesmo em uma seara que permite e incentiva trocas e concessões. Para Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton,

Quando os negociadores discutem posições, tendem a fechar-se nelas. Quanto mais você esclarece sua posição e a defende dos ataques, mais se compromete com ela. Quanto mais procura convencer o outro lado da impossibilidade de modificar a sua posição inicial, mais difícil se torna fazê-lo.²⁵¹

O grau de adversariedade existente na relação travada é proporcional à dificuldade de atingir um consenso, pois todas as partes detêm a certeza de que seu posicionamento é o mais adequado para a situação, sem sequer refletir acerca das propostas alheias.

Assim, da desconfiança deriva a inflexibilidade e, por consequência, a impossibilidade de enxergar nuances e convergências que atendam ao interesse de ambas as partes no acordo, ainda que isso signifique fazer concessões. O que vale é a total desconstrução do oponente, pois, “quando as posições não se encaixam na perspectiva da outra parte, essas tendem a desprezá-las, alimentando, assim, o conflito”²⁵².

A inflexibilidade gera o não acordo ou a imposição de compromissos, ferindo a lógica consensual exigida para a celebração do instrumento. Nesse caso, observa-se o desgaste na relação, e “a raiva e o ressentimento são resultados frequentes quando um dos lados se percebe curvando-se à rígida vontade do outro, enquanto seus próprios interesses legítimos são postos de lado”²⁵³.

Com isso, outra consequência funesta, derivada da falta de confiança entre as partes, é suscitada. Conforme pontua Michael Watkins, “negociar é, no fim das contas, uma atividade interpessoal”²⁵⁴. Ainda que o agente público, incumbido de sua competência legal, esteja negociando em representação da Administração Pública – submetendo-se, assim, aos

²⁵¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 22.

²⁵² BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46.

²⁵³ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 24.

²⁵⁴ WATKINS, Michael. **Negociação**. 3. ed. Tradução Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 56.

princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e tantos outros –, fato é que se trata de uma pessoa cujo comportamento pode ser mais ou menos propenso à concertação. Assim, a desconfiança cultivada em razão de prévio desgaste nas relações travadas com a contraparte pode fomentar a manutenção do impasse ou dificultar sobremaneira o atingimento do consenso. Nesse sentido, como apontado por Marc Burbridge, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima e Alessandra Gomes N. Silva, “em razão de experiências anteriores ou simplesmente por preconceito, esses sentimentos de desconfiança ou aversão impedem que as partes iniciem o diálogo”²⁵⁵. Continuam os autores:

As emoções podem exacerbar nossas respostas à diferença de opiniões, pois elas potencializam tensões do extremo da ira, passando pelo estresse da ansiedade, até a evasão provocada pelo medo. Havendo interdependência entre as partes, as tensões acentuam-se. A gestão das emoções procura evitar os extremos e minimizar o estresse decorrente da ansiedade e, sempre que possível, provocar emoções positivas como a tranquilidade na negociação, satisfação de fechar um acordo e predisposição a se comprometer com a execução de um acordo.²⁵⁶

Não se cogita discordar do posicionamento de Juarez Freitas no sentido de que o princípio da impessoalidade impede que a Administração aja livremente, devendo ficar engajada “a favor do império das razões, da prevenção de conflitos e da pacificação duradoura”²⁵⁷. Na prática, entretanto, o enfoque que um agente público envolto pela atmosfera de desconfiança dará a uma proposta advinda da contraparte pode ter um efeito diametralmente oposto ao enfoque conferido pelo agente propenso à concertação. A interpretação da proposta será pessimista, restritiva, de busca por possíveis intenções obscuras e penderá por sua negação, na tentativa de desconstruir totalmente a posição do outro, sem dar espaço à criatividade e à eficiência. Em oposição, aquele que busca o acordo se esforçará para compreender o objetivo da proposta e buscar meios para que ela se amolde aos objetivos pretendidos pelo acordo, sem criar conflitos inúteis ou contraproducentes.

Com frequência, uma interpretação desconfiada decorre naturalmente das percepções existentes no próprio sujeito. Ademais, isso parecer ser a coisa mais “segura” a fazer e mostra aos espectadores quão ruim o outro lado realmente é. Mas o preço de interpretar qualquer coisa que eles digam ou façam sob a ótica

²⁵⁵ BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 91.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 44.

²⁵⁷ Continua o autor: “Daí a relevância estratégica de promover uma saída organizada dos jogos administrativos de soma zero, que retroalimentam a espiral onerosa da litigiosidade. Gradativamente, a postura belicosa tem que ser substituída pela racionalidade intersubjetiva, em sintonia fina com o ideal regulador de primado de interesses convergentes, em jogos cooperativos do tipo *win win*” (FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. p. 31).

mais sombria é que as novas ideias no sentido de um acordo são desprezadas e as mudanças sutis de posição são ignoradas ou rejeitadas.²⁵⁸

Esse desafio toma especial relevância nas situações em que a relação entre as partes antagonistas é duradoura. É o caso, por exemplo, dos confrontos entre agentes reguladores e regulados. Trata-se de uma relação contínua, que envolve inúmeros aspectos e exige um contato perene, muitas vezes, entre os mesmos representantes. O desgaste nessa relação faz que o problema passe a ser atrelado ao seu porta-voz. Confunde-se, pois, os limites das dificuldades relacionais com a discussão do problema em si, aumentando a resistência entre as partes, quando, em verdade, o problema existe independentemente de quem o está externalizando²⁵⁹.

Quando os negociadores se encaram como adversários num confronto pessoal cara a cara, é difícil separar seu relacionamento do problema substantivo. Nesse contexto, o que quer que um negociador diga sobre o problema parecerá pessoalmente dirigido ao outro e assim será recebido. Cada um dos lados tenderá a tornar-se defensivo e reativo e a ignorar por completo os interesses legítimos da outra parte.²⁶⁰

Imprescindível, pois, criar e manter uma relação duradoura pacífica, evitando que haja uma preconcepção do problema apenas em razão de seu interlocutor²⁶¹.

O próximo desafio que pode ser atrelado à falta de confiança é apontado por Philip Harter, e ocorre quando as partes, desconfiadas de que suas legítimas propostas iniciais não serão prontamente aceitas pela contraparte, tendem a se posicionar intencionalmente de maneira extrema, a fim de que se chegue artificialmente a um meio-termo. Tamanha é a desconfiança para com as proposições, que aceitá-las sem qualquer condicionante levanta suspeitas sobre o real benefício que elas possam trazer ao acordo, às partes e ao interesse público. Ademais, posicionar-se de maneira extremada também confere espaço para que a parte faça concessões daquilo que para ela nunca foi realmente importante, mas criando a aparência de estar atuando de forma razoável e colaborativa. Nas palavras do autor:

²⁵⁸ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 43.

²⁵⁹ “Contudo, se a relação interpessoal não for levada em consideração, poderá haver um alto custo a longo prazo. Se a relação interpessoal não foi colocada em perspectiva, o resultado pode ser uma solução aquém da que seria ideal para o seu lado” (BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21).

²⁶⁰ FISHER; URY; PATTON, op. cit, p. 56.

²⁶¹ “Todo negociador quer chegar a um acordo que satisfaça seus interesses substantivos. É por isso que se negocia. Além disso, o negociador também tem interesses em seu relacionamento com o outro lado [...] A maioria das negociações ocorre no contexto de um relacionamento contínuo em que é importante conduzir cada negociação de maneira a que ajude, e não prejudique as relações futuras e as futuras negociações” (FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 38).

As agências e as partes privadas tendem a assumir posições extremas, esperando que sejam conduzidas ao meio-termo. Por exemplo, uma agência pode propor uma regulamentação muito mais rigorosa do que espera emitir, pois espera que o processo adversarial crie pressão suficiente para moderar sua posição. Além disso, se a agência modifica sua proposta original, ela aparenta ser razoável e responsiva. As partes privadas também tendem a assumir posições extremas, pois igualmente esperam ser levadas ao meio-termo, por força do processo adversarial.²⁶²

Esse comportamento é contraproducente e afeta diretamente o tempo e a eficiência do acordo administrativo. Em vez de as partes já revelarem suas verdadeiras preocupações e interesses, acabam por inflar a discussão com assuntos irrelevantes para elas, fazendo perdurar o debate por mais tempo que o desejado, além de arriscarem um desgaste relacional por temas que não carregam tanta importância. Em uma negociação verdadeiramente consensual, as partes podem focar especificamente nos pontos que desejam endereçar à contraparte, otimizando a busca pela convergência de interesses.

Por fim, a falta de confiança entre as partes pode fazer que elas relutem em fornecer dados e informações relevantes ao deslinde mais eficiente da negociação, em razão de temerem a má utilização dessas informações no futuro²⁶³, principalmente nos casos em que o acordo não se aperfeiçoa. Trata-se, pois, de um cenário em que as partes externalizam informações seletivas, com receio de que estas sejam utilizadas contra elas mesmas, em momento posterior. Tal cenário toma proporção relevante nos casos em que se negociam os termos de acordos substitutivos de sanção, os quais lidam essencialmente com fatos violadores do normativo jurídico. De um lado, é necessário apresentar informações suficientes para viabilizar o acordo; de outro, teme-se pela abertura demasiada que possa prejudicar o interessado no caso de sua não celebração.

De maneira exemplificativa, a regulação do serviço de telefonia pública obriga a instalação de telefones de uso público (denominados “TUPs” ou “orelhões”) no prazo máximo de 90 dias. A empresa regulada pode sofrer sancionamento tanto em razão de não instalação do orelhão (em violação ao princípio da universalização) como em razão de atraso que ultrapasse os 90 dias regulamentares. Supondo que tenha havido tal atraso, a parte se

²⁶² Tradução livre de: “*The agencies and the private parties tend to take extreme positions, expecting that they may be pushed toward the middle. For example, an agency may propose a far more stringent regulation than it expects to issue ultimately because it expects the adversarial process to create considerable pressure for it to moderate its position. Moreover, if the agency tempers its original proposal, the agency appears reasonable and responsive. The private participants tend to take extreme positions because they also expect to be drawn toward the middle as part of the adversarial process*” (HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: a cure for malaise*. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 19).

²⁶³ HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: a cure for malaise*. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 19

limitará, em uma eventual negociação de acordo que substitui a sanção, a emitir evidências de que o terminal foi instalado e já se encontra em funcionamento, comprovando ter cumprido com sua obrigação de universalização. Contudo, deixará de abordar o fato de que o terminal foi instalado com atraso não por culpa da empresa, mas em razão de força maior. Com isso, ela não chama a atenção para o fato de que também poderia ser fiscalizada pelo atraso, mas não o foi, e assim evita um novo processo. Por outro lado, ao fazer isso, ela deixa de endereçar um ponto extremamente relevante, que é a inviabilidade de atendimento da obrigação regulamentar no prazo de 90 dias, colaborando para a manutenção de um regulamento que não está aderente à realidade.

A insegurança quanto ao destino das informações conferidas no bojo da negociação restringe as partes de melhor endereçarem seus interesses e, por consequência, de buscarem uma solução que melhor se amoldaria ao caso concreto.

2.1.2 O baixo fluxo de informações entre as partes

A postura adversarial afeta diretamente o fluxo de informações trocadas entre as partes e, por consequência, afeta a qualidade e, no limite, a própria viabilidade do acordo. À parte o antes mencionado acerca das informações seletivas, conferidas pela desconfiança sobre o destino que elas terão caso o acordo não seja celebrado, a adversariedade é oposta ao diálogo e à comunicação.

Conforme já pontuado, as partes, imbuídas do senso de combatividade, têm como único objetivo a desconstrução do entendimento alheio, sem sequer levar em consideração os limites e capacidades do seu oponente. Significa dizer que, para o litígio, não importam as justificativas que façam compreender o porquê de a parte agir ou se posicionar de certa maneira: basta que existam argumentos fortes o suficiente para contrapor o que foi apresentado. Por isso, para Carrie Menkel-Meadow, a argumentação binária não é a melhor forma de extrair informações sobre a situação ou de aprender sobre a verdade do caso, pois “o debate polarizado distorce a verdade, deixa de fora informações importantes, simplifica a complexidade e ofusca ao invés de esclarecer”²⁶⁴. A adversariedade pode, inclusive, impactar na oitiva de terceiros que possam contribuir com o debate. Sob o argumento de

²⁶⁴ Tradução livre de: “*Binary, oppositional presentations of facts in dispute are not the best way for us to learn the truth; polarized debate distorts the truth, leaves out important information, simplifies complexity, and obfuscates rather than clarifies*” (MENKEL-MEADOW, Carrie. *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1745, p. 5-44, 1996. p. 6. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1745>. Acesso em: 24 jan. 2021).

serem discricionárias, limitam-se as consultas públicas que possam vir a demonstrar um resultado diferente da posição defendida pela parte.

A adversariedade impossibilita que a parte se coloque no lugar do outro, que compreenda seus interesses. Por consequência, impede que as propostas advindas da contraparte sejam sequer consideradas para a solução do problema ou que possam satisfazer ambas as partes. Em oposição, são apresentadas respostas mecanizadas e até pré-fabricadas em antecipação ao que poderia ser suscitado pelo antagonista. Em suma, tem-se, novamente, o problema da inflexibilidade. Conforme aponta a mesma autora, em outra obra:

A atribuição de papéis estritamente adversariais aos indivíduos pode restringir o que as partes conseguem compreender umas sobre as outras, assim como a forma pela qual concebem as soluções. [...] Para os problemas jurídicos modernos, as estruturas contraditórias e dualistas podem não levar em conta a complexidade das controvérsias multipartidárias ou multifacetárias, com amplas consequências sociais.²⁶⁵

Assim, a troca de informações em um ambiente adversarial não é suficiente para traduzi-las em um diálogo vertido à concertação. Ao contrário. A não assimilação da informação alheia significa uma obstrução da via dialética. Considerando-se que “sem diálogo não há negociação”²⁶⁶ e que sem negociação não há acordo, tem-se um cenário impedor da formalização do instrumento consensual.

Como largamente estudado, o acordo trata de uma convergência de interesses heterogêneos entre as partes, que se amoldam em razão da sinergia criada entre elas pela busca de um resultado comum, sem nunca descuidar do interesse público envolvido. A essência do acordo é dar mais racionalidade e eficiência às escolhas administrativas, que contarão com informações capazes de conferir uma resposta que melhor se amolde ao caso concreto, mas que não necessariamente esteja antevista em algum normativo. A eficiência da solução deriva de sua particularidade, que só pode ser atingida a partir da compreensão da situação do outro.

²⁶⁵ Tradução livre de: “Assigning individuals narrowly defined adversarial roles may restrict what parties can hear about and from each other as well as how they conceive of remedies [...]. For many modern legal problems, adversarial, dualistic legal structures cannot take account of the complexity of multiparty, multi-issue controversies with broad social consequences” (MENKEL-MEADOW, Carrie. *The Limits of Adversarial Ethics*. In: RHODE, Deborah L. (ed.). **Ethics in Practice: Lawyer’s Roles, Responsibilities, and Regulation**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 123-144. p. 132).

²⁶⁶ “Não basta simplesmente ouvir, é preciso prestar atenção no que está sendo dito, mesmo quando o que se diz seja redundante, ou, ainda, contrarie nossos interesses e convicções. A informação é a matéria-prima do trabalho do negociador” (BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 90-91).

Nesse sentido, nada mais natural – e necessário – que a obtenção da maior quantidade possível de informações, para que se compreenda o cenário por completo e se construam soluções capazes de endereçar eficazmente o problema posto. Para Michael Watkins, “quanto mais sabemos acerca das preocupações mais gerais de nossos interlocutores, seu setor, sua estrutura corporativa e outros acordos e metas, melhores condições temos de encontrar maneiras criativas de atender aos seus interesses”²⁶⁷. No mesmo sentido, Max H. Bazerman e Margaret A. Neale:

As pessoas elaboram uma pressuposição que enquadra o problema, mas que acaba impedindo-as de encontrar uma solução. Essa é a mais crítica barreira imposta à solução criativa de problemas. As pessoas tendem a fazer pressuposições falsas relativas aos problemas para encaixá-las em suas expectativas já preestabelecidas²⁶⁸.

Em um simples exemplo abstrato, imagine-se uma negociação que debate o prazo de atendimento de um determinado compromisso a ser assumido no acordo administrativo. Enquanto a parte privada solicita cinco anos para o atendimento, o agente público insiste no prazo de dois anos. Sem maiores esclarecimentos acerca das razões pelas quais as partes insistem nos prazos sugeridos, não há motivos para que elas flexibilizem suas posições. Entretanto, ao entender que a parte pública deseja implementar uma política pública já delineada para atendimento de população vulnerável, e que a parte privada passa por desafios financeiros capazes de afetá-la a longo prazo, bem como o próprio setor no qual ela se insere, as partes tentem a flexibilizar suas propostas para chegar ao meio-termo de três anos – não ideal a ambas, mas que será capaz de atender à finalidade esperada. Assim, a população vulnerável será atendida dentro de um prazo razoável, e a empresa não será excessivamente onerada a ponto de causar maiores prejuízos a ela e ao setor.

Portanto, havendo compreensão sobre as motivações de cada parte, é possível atingir uma negociação e, conseqüentemente, um acordo eficaz. Por outro lado, fazer perdurar a postura adversarial causa cegueira no entendimento e assimilação de interesses diferentes dos que lhes são próprios. É impedir a busca de soluções racionais em razão da falta de informação. É um exercício de apontamento de falhas, em oposição ao diálogo que suporte soluções criativas.

²⁶⁷ WATKINS, Michael. **Negociação**. 3. ed. Tradução Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 33-34.

²⁶⁸ BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. **Negociando Racionalmente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 35.

Ademais, a adversariedade também afeta negativamente a comunicação entre as partes no quesito da forma pela qual as propostas são defendidas. Segundo Philip Harter, em um processo adversarial, “uma parte provavelmente encontrará dificuldades em expressar suas verdadeiras preocupações, porque teme perder em questões de menor interesse, sem obter concessões sobre aqueles com que realmente se preocupa”²⁶⁹.

Aqui, é necessário fazer um corte. No tópico precedente, foi apresentado o problema relacionado à inflação do objeto do acordo (que permite às partes terem excedentes para abrir mão, demonstrando estarem fazendo concessões quando, em verdade, tais temas nunca foram relevantes para elas).

Neste ponto, foca-se na fatia que realmente é importante para a parte que negocia. No relacionamento adversarial, dentro do tema que lhe é caro, a parte deixa de lutar com afinco por fatores que são importantes, porém periféricos, para focar toda sua energia naqueles que são eminentemente estratégicos. É dizer que: assuntos que não fogem à preocupação da parte e que são importantes para melhor delinear o debate acabam por ser sobrelevados a fim de não prejudicar pontos dos quais não se deseja abrir mão. Por exemplo, em um financiamento com o Estado, uma empresa privada, de um lado, pretende que o ente estatal concorde com duas normas de *compliance* e, de outro lado, pretende estender o prazo de carência para pagamento da amortização para 36 meses, em oposição aos 18 meses concedidos. Os dois quesitos são bastante relevantes para a parte, que opta por focar sua energia negocial na aceitação e no delineamento das normas de *compliance* pela contraparte, pois sem isso nem sequer poderá firmar o instrumento.

Há espaço para questionar se existe realmente um desafio nesse sentido. Afinal, se o próprio interessado escolheu, voluntariamente, não levar o tema a debate – ou não insistir no debate –, significa tratar-se de assunto de menor importância, passível de ser objeto de concessão na negociação. Ou seja, ao não apresentar o tema como um ponto a ser endereçado (ou ao não lutar por ele), a parte teria conferido eficiência à negociação, que não tomou tempo com fatores secundários.

Entretanto, o fato para o qual se quer chamar a atenção é a limitação apriorística que a parte tem ao expor seus interesses e preocupações no contexto adversarial. Limita-se, de

²⁶⁹ Tradução livre de: “*In addition, the adversarial process affects the presentation of proposals when people deal with each other as adversaries. A party is likely to encounter difficulty in expressing its true concerns' 0 9 because it may fear losing on issues of minor interest without gaining concessions on those it cares about a great deal*” (HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 20).

antemão, um ranqueamento do nível de importância de cada assunto atinente aos interesses da parte, limando, de largada, uma ponderação sobre suas consequências.

Diferentemente, nas negociações não adversariais, “as partes interessadas podem abordar diretamente todos os aspectos de um problema, na tentativa de formular soluções viáveis”²⁷⁰. Existe a construção completa do contexto em que a negociação se insere. Permite-se refinar ao máximo a solução buscada, endereçando sutilezas capazes de conferir maior eficiência ao resultado da negociação, dado que “o diálogo costuma a ser a melhor maneira de resolver problemas camada por camada, colocar dificuldades encobertas no centro das atenções e desenvolver soluções e chegar a um entendimento comum”²⁷¹. Não quer dizer que na negociação colaborativa a parte deixará de renunciar àquilo que entende prudente flexibilizar em prol de um interesse maior. Significa, porém, que todas as nuances de seus interesses poderão ser devidamente externalizados à contraparte, sem receio de um desgaste.

Em suma, a postura adversarial limita o diálogo entre as partes, impede que elas compreendam a limitação e capacidade umas das outras, dificulta o endereçamento completo das preocupações envolvidas no acordo e, por consequência, afeta o delineamento de decisões criativas e eficientes.

2.1.3 A falta de sinergia entre as partes

Soa óbvio que a falta de sinergia entre as partes está atrelada aos desafios atinentes à adversariedade, dado que elas, como antagonistas, não têm intenção alguma em ajudarem-se mutuamente. O problema ocorre no impacto que essa falta de sinergia ocasiona quando se passa para um contexto consensual integrativo.

Foi relatado acima que, quão maiores o diálogo e as informações trocadas acerca dos interesses contrapostos, maiores seriam as chances de encontrar uma ou várias soluções viáveis para compô-los. Afinal, quando “se tem uma compreensão clara dos interesses de cada um dos lados e da importância de cada um, suas negociações podem ser eficazes e

²⁷⁰ Tradução livre de: “*In negotiations, however, interested parties can directly address all aspects of a problem in attempting to formulate workable solutions*” (HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: a cure for malaise*. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 31).

²⁷¹ WATKINS, Michael. **Negociação**. 3. ed. Tradução Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 117.

racionais”²⁷². No entanto, não basta apenas externalizar esses interesses (e o nível de importância de cada um): é preciso que as partes realmente se escutem e assimilem as informações que estão recebendo. Assim, como aponta Alessandra Gomes do Nascimento Silva, um erro comum na negociação de um acordo é a ausência de atenção àquilo que a outra parte tem a dizer²⁷³, uma vez que a escuta “aprimora não só o que você ouve, mas também o que ele diz”²⁷⁴ ou seja, aprimora a sua interpretação daquilo que foi colocado pela contraparte.

A falta de senso colaborativo fomenta a recusa em assimilar as informações advindas da outra parte, afastando a oportunidade de atribuir a elas alguma legitimidade. A falta de sinergia impede que as partes enxerguem o cenário como um problema em comum, a ser resolvido em conjunto, pois, conforme ensinam Max H. Bazerman e Margaret A. Neale, enquanto as partes negociarem como se o único modo de ganhar for derrotando o outro, não haverá espaço para considerar estratégias que atendam ambos os lados²⁷⁵.

Falta às partes exercer a essência do acordo, que é a busca conjunta por soluções eficientes e atraentes para ambos os lados, já que, do contrário, o acordo sequer se aperfeiçoará. A ausência de colaboração faz que as partes nem sequer desejem entender os interesses contrários aos seus, quanto mais atender a eles²⁷⁶. Isso faz que elas mantenham seu foco apenas em defender soluções que sejam boas para si, inviabilizando qualquer tipo de negociação. Na explicação de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton,

Para que um negociador chegue a um acordo que atenda a seus próprios interesses, precisa elaborar uma solução que atraia também os interesses próprios do outro. Todavia, o envolvimento emocional com um dos lados de uma questão torna difícil atingir-se o desprendimento necessário para conceber maneiras habilidosas de satisfazer os interesses de ambas as partes. [...] Muitas vezes, há também uma relutância psicológica em atribuir qualquer legitimidade às opiniões do outro lado; parece desleal pensar em maneiras de satisfazê-lo. Assim, o interesse pessoal

²⁷² BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. **Negociando Racionalmente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95.

²⁷³ Conforme aponta a autora: “Quantas e quantas vezes ficamos simplesmente esperando o outro acabar de falar para dizermos tudo o que temos a dizer, sem nos darmos conta de que enquanto estamos mentalmente pensando no que vamos falar, deixamos de prestar atenção nos detalhes da narrativa do oponente?” (SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-50).

²⁷⁴ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 52.

²⁷⁵ BAZERMAN; NEALE, op. cit., p. 37.

²⁷⁶ “A não ser os psicopatas, ninguém fica feliz em confessar ilícitos, da mesma forma que nenhuma autoridade se regozija em suavizar a aplicação de penalidades a infratores confessos. Não é para isso que servem os acordos de leniência [...]. Trata-se de pactos prospectivos, destinados a criar soluções futuras para problemas passados” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Tribunais de Contas podem Controlar Acordos de Leniência?* In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020d. p. 39).

míope leva o negociador a conceber tão somente posições partidárias, argumentos partidários e soluções unilaterais.²⁷⁷

Portanto, a falta de sinergia faz que não haja o reconhecimento dos interesses do outro, paralisando a identificação de pontos de convergência capazes de dar fim ao problema posto. Como consequência, sobem-se barreiras à criatividade²⁷⁸ das soluções que poderiam conferir um desfecho eficiente ao acordo, uma vez que “essa criatividade só é possível se ambos os lados compreenderem seus próprios interesses fundamentais e também os da outra parte”²⁷⁹. Contudo, como visto, a ausência do senso colaborativo faz que não se entendam os interesses dos outros como merecedores de qualquer tratamento.

E essa criatividade provavelmente produzirá resultados positivos quando todas as partes engajarem-se em um processo de solução conjunta de problemas. No estágio de criação de valor, nós nos concentramos nos interesses e exploramos opções de acordo. Quando esse processo ocorre sob conciliação das partes, em geral são descobertas oportunidades para ganho conjunto delas. Esse tipo de criatividade aflora melhor quando há um espírito mútuo de cooperação. A cooperação, por sua vez, exige a revelação de preferências e informações de cada uma das partes²⁸⁰

Ademais, a falta de cooperação na negociação de um acordo administrativo ainda pode impactar no senso do que é justo no caso concreto. O ponto de atenção está no fato de que, se a falta de sinergia impede que as partes deem valor aos interesses umas das outras, de igual forma dificultará a extração de algum senso de justiça no interesse que está sendo externalizado. Ensina a doutrina que, “a menos que ambos os lados estejam usando o mesmo critério sobre o que é legítimo, pode haver divergências básicas sobre o que é justo”²⁸¹. Porém, como poderão as partes utilizar o mesmo critério, se nem sequer consideram legítimos os respectivos interesses?

²⁷⁷ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 78.

²⁷⁸ Para Carrie Menkel-Meadow, raciocinar de maneira criativa não é o mesmo processo de raciocinar analítica ou criticamente; o pensamento negativo ou reativo produzido pelo argumento adversarial pode limitar as formas mais abertas de endereçar as soluções dos problemas. (Tradução livre de: “*Thinking creatively is not necessarily the same process as thinking critically or analytically; the negative and reactive thinking produced by adversarial argument may limit more open ways of conceptualizing solutions to problems*”). (MENKEL-MEADOW, Carrie. *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 1745, p. 5-44, 1996. p. 25-26. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1745>. Acesso em: 24 jan. 2021).

²⁷⁹ WATKINS, Michael. **Negociação**. 3. ed. Tradução Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 19.

²⁸⁰ BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

²⁸¹ BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20.

Por exemplo, não é possível taxar de injusto um acordo substitutivo de sanção que tenha como valor de referência o mesmo montante da multa que está sendo substituída. De outra banda, é possível considerá-lo injusto se a estipulação do valor do compromisso, no acordo, estiver acima daquilo que é praticado no mercado, resultando em um dispêndio real que pode ultrapassar o limite da multa a longo prazo. Porém, a falta de estipulação conjunta de um critério legítimo que embase o delineamento do valor fará que cada parte use seu próprio entendimento do que seja justo para defender sua posição: uma parte pode entender que o valor da multa deva se assemelhar ao custo do investimento apenas, ao passo que a outra parte entende que tal valor deva se assemelhar ao custo do investimento e da manutenção daquele investimento a longo prazo.

Em outro exemplo, numa negociação normativa, o agente regulador pretende solicitar informações estratégicas das empresas e colocá-las a público, com intenção de dar transparência aos usuários sobre o seu desempenho no controle de qualidade do serviço prestado (o critério de justiça é garantia de qualidade e publicidade das informações). Por outro lado, os agentes regulados entendem serem informações eminentemente técnicas, não interpretáveis pelo público em geral e capazes de criar problemas concorrenciais (o critério de justiça é a proteção de informações estratégicas da empresa).

O objetivo é encontrar uma maneira de assentar o interesse das partes, para que todos entendam ter sido contemplados em seus critérios do que é correto a fazer. Diferentemente dos processos adversariais, o consenso não busca atender apenas o interesse público, mas, junto com ele, também o interesse dos participantes²⁸². No primeiro caso, uma saída seria diminuir a amplitude do compromisso assumido, encaixando seu valor nas expectativas do responsável pela sua execução. Ou, ainda, permitir que o investimento seja feito em localidades com mais atratividade econômica, de maneira a compensar a extrapolação do valor da multa. No segundo caso, também é possível pensar em um enxugamento das informações solicitadas ou, ainda que conferidas por completo, em uma limitação daquelas que irão a público.

²⁸² “*Addressing concerns about justice is tricky, because standard notions of justice are tied up inextricably with the principles and processes of traditional adjudication. ADR processes represent a different paradigm of justice. Whereas adjudication is concerned primarily with serving the interests of the public (the ‘public-service’ paradigm), ADR is concerned primarily with serving the interests of disputants (the ‘customer-service’) paradigm*” [Tradução livre: “Abordar as preocupações sobre justiça é complicado, pois as noções sobre justiça estão intrinsecamente ligadas aos princípios e processos adjudicatórios tradicionais. Os processos alternativos representam um paradigma diferente de justiça. Enquanto a adjudicação se preocupa em servir o interesse público, os métodos alternativos se preocupam em servir os interesses dos disputantes”] (CROWNE, Caroline Harris. *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice. New York University Law Review*, v. 76, n. 6, p. 1768-1811, 2001. p. 1769).

Contudo, a busca por essa convergência de interesses só é possível a partir da abertura das partes, da cooperação entre elas para encontrar a melhor saída – para elas e para as intenções do acordo.

Por fim, a falta de sinergia também exerce influência nas negociações promovidas pelos representantes da parte. De um lado, a ausência de senso colaborativo impacta a forma como o interessado instruirá seu representante para agir. De outro lado, o próprio representante pode não exercer uma postura colaborativa por simplesmente não estar acostumado a agir dessa maneira²⁸³. Ademais, conforme aponta Christopher Baum, os representantes também não levam em consideração as ramificações de longo prazo advindas da batalha adversarial, o que torna o processo litigioso não ideal para disputas entre partes com uma relação próxima²⁸⁴.

Como observam Marc Burbridge, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima e Alessandra Gomes N. Silva, “alguns profissionais, como advogados e auditores são treinados para defender seus clientes, podendo tender a se concentrar em não perder”²⁸⁵. Nesse sentido, “os intermediários vendem o conflito, o que acaba por exacerbar os problemas do processo adversarial”²⁸⁶. Nas palavras de Alessandra Gomes do Nascimento Silva:

Segundo o dito popular inglês, enquanto fizermos o mesmo, conseguiremos sempre o mesmo. Isso vale imensamente para todos os advogados, mas principalmente para os esculpidos no berço do contencioso. Não é possível manter perante a outra parte a mesma conduta nas duas circunstâncias.²⁸⁷

Assim como os interessados, seus representantes também devem imiscuir-se no dever de colaboração, sob pena de incorrerem nas mesmas falhas já delineadas. No ensinamento de Leila Cuéllar, o profissional do direito, laborando na área pública ou privada, “[...] tem o dever de ir além, transformando-se em gestor de conflitos, em arquiteto de processos dinâmicos, responsável não apenas pela solução do caso X ou Y, mas pela busca

²⁸³ “*Not only does an intermediary have little incentive to minimize conflict, he usually lacks the substantive ability and authority to make trade-offs with the opposing participants*” [Tradução livre: “Não só os intermediários têm pouco incentivo para minimizar conflitos, como também lhes falta habilidade e autoridade para fazer concessões com os opositores”] (HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: a cure for malaise*. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 21).

²⁸⁴ BAUM, Christopher. *The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Common Interest Development Disputes*. **St. John's Law Review**, v. 84, n. 3, p. 907-948, 2010. p. 922.

²⁸⁵ BURBRIDGE, Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão de Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20.

²⁸⁶ Tradução livre de “[...] *intermediaries sell conflict, 12 1 which in turn exacerbates the problems of the adversarial process*” (HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: a cure for malaise*. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 21).

²⁸⁷ SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento Silva. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

da prevenção, da melhor solução e da melhor forma de se chegar a tal solução”²⁸⁸. Para Carrie Menkel-Meadow, os “advogados colaborativos trabalharão sob os pressupostos da boa-fé, da negociação justa e da divulgação completa de fatos relevantes para resolver o problema”²⁸⁹.

Necessário se faz, pois, instituir um ambiente colaborativo entre as partes.

2.2 OS DESAFIOS ADVINDOS DO EXERCÍCIO IMPOSITIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme debatido nos tópicos anteriores, a adversariedade existente entre a seara pública e a privada – e seus problemas correlatos – decorre essencialmente (mas não exclusivamente) da estrutura tradicional do Direito Administrativo que balizou o agir da Administração Pública durante longo período. O sistema clássico, pautado pelo binômio supremacia-indisponibilidade do interesse público, fez nascer e crescer um sistema regulatório vertical²⁹⁰, atuante mediante decisões unilaterais e imperativas, com conteúdo que abarca, prioritariamente, proibições e mandatos – cujo cumprimento por parte dos destinatários deve ser posteriormente fiscalizado²⁹¹. Trata-se, pois, do denominado sistema de comando e controle²⁹².

A atuação impositiva da Administração Pública pode ser notada nas duas pontas do sistema. Não se trata, por óbvio, de generalizar a atividade normativa, mas sim de chamar atenção para assimetrias que possam ser encontradas.

²⁸⁸ CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto do processo. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 20.

²⁸⁹ Tradução livre de: “[...] *collaborative*” lawyers who will work under assumptions of good faith, fair dealing, and full disclosure of relevant facts to solve the problem” (MENKEL-MEADOW, Carrie. The Limits of Adversarial Ethics. In: RHODE, Deborah L. (ed.). **Ethics in Practice: Lawyer’s Roles, Responsibilities, and Regulation**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 123-144. p. 135).

²⁹⁰ “Na concepção clássica, as relações de direito público possuem uma dimensão vertical. Assim se passa porque o Estado é um sujeito em sobreposição aos particulares. Enquanto o sujeito privado busca a satisfação de necessidades e conveniências egoísticas, o Estado é uma instituição que busca a satisfação do bem comum” (JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 39).

²⁹¹ BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008a. p. 231-266. p. 236-237.

²⁹² “Em decorrência da postura adversária de que a Administração Pública se reveste, predominam como conteúdo dos atos regulatórios o comando hierarquizado das agências reguladoras e o controle por elas exercido sobre as atividades privadas dos administrados (comando e controle)” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 141).

No quesito “comando”, a criação dos normativos que embasarão aquilo que é imposto pode ocorrer em ambiente de baixa dialeticidade. A atividade normativa administrativa ainda carece de delineamentos mais claros quanto à participação negocial dos administrados em sua criação, visando estabelecer um regulamento mais aderente à realidade e menos atinente aos entendimentos administrativos unilaterais previamente formatados. Nesse ponto, nada obstante o disposto no artigo 31 da Lei nº 9.784/1999 e no artigo 29 da LINDB²⁹³, entende-se que a Consulta Pública não trata de mera decisão discricionária, mas de respeito vinculativo aos ideais do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um requisito que confere legitimidade formal e material à decisão administrativa. Formal porque possibilita uma participação lastreada, passível de controle. Material porque confere obrigação à Administração de apreciar as contribuições realizadas, afastando-as, se for o caso, motivadamente.

Estipular um texto normativo sem lançar mão do escrutínio público influencia diretamente no fortalecimento da adversariedade e da desconfiança entre o público e o privado. São estabelecidas regras com baixa ou nenhuma participação popular ou setorial, que podem não estar perfeitamente aderentes à realidade fática e que podem acarretar elevado descumprimento de seus ditames, ocasionando fiscalização e sancionamento por uma norma que, *ab ovo*, já não se mostrava eficiente²⁹⁴. Inlui na seara dos acordos, pautados por regras unilateralmente delineadas.

²⁹³ Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999): “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.”

LINDB: “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.”

Nesse ponto, importante salientar que o texto original da LINDB proposto ao Congresso Nacional, cuja redação acabou por ser alterada, previa a ostensiva exigibilidade da consulta pública nos casos de edição de atos normativos. (No original: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão.”). Nada obstante, a Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), no artigo 9º, determinou a realização de tal procedimento nos casos de propostas de alteração de atos normativos (“Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.”). Assim, obedecendo ao princípio da especialidade, entende-se obrigatória a sua realização.

²⁹⁴ “A tudo isso deve-se acrescentar o fato, indiscutível no contexto socioeconômico e jurídico-político no qual nos movimentamos, de que sem uma associação efetiva dos cidadãos ao processo de tomada de decisão capaz de despertar sua confiança e garantir sua adesão, não é possível hoje suprir o déficit de legitimidade que decorre da dificuldade de predeterminar, em termos normativos, o modo como a Administração deverá cumprir as tarefas de regulação, configuração e controle social que reclama o próprio conceito de estado social de direito. Também não o é garantir na eficácia de qualquer política, uma vez verificada a impossibilidade de se administrar mandando, especialmente naqueles setores, como os econômicos e os sociais, nos quais a

No quesito “controle”, a imperatividade é mitigada por meio do processo administrativo e seus princípios correlatos. Oferece-se oportunidade ao fiscalizado de apresentar razões e evidências capazes de justificar a eventual transgressão do comando. Contudo, como já debatido até aqui, a decisão do processo continua sendo imposta e pode se pautar em motivações que, apesar de juridicamente aceitáveis, não necessariamente assimilaram o que foi ofertado como resposta pelo particular, mantendo um viés partidarista e supremacista público. Explica Rodrigo Bracet Miragaya:

A lei, ao conferir a capacidade decisória a determinado(s) agente(s), outorga ao(s) mesmo(s), em regra, o poder de sobrepor a(s) sua(s) vontade(s) sobre as demais manifestadas no processo. Não se trata de uma vontade soberana, pois parametrizada pelas regras e princípios jurídicos, entre os quais a necessidade de justificação. Mas tal justificação, embora não possa ignorar as manifestações contidas no processo, no mais das vezes poderá delas se apartar, e estará imbuída com a visão e a inteligência do agente sobre a questão objeto de decisão.²⁹⁵

Nessa altura, o ciclo se fecha, retornando ao debate sobre o viés adversarial vislumbrado nos processos administrativos e seu aspecto binário – que foca somente em desconstruir o argumento contrário em uma briga entre ganhar ou perder –, os quais não podem ser carreados à seara consensual. Nota-se, pois, imbricação nas noções entre o agir impositivo da Administração Pública – baseado na supremacia do interesse público sobre o privado – e a manutenção da combatividade das partes. Nas palavras de Vivian Cristina Lima López Valle:

A visão do particular como litigante é incompatível com um modelo pautado na ponderação de valores, na razoabilidade e na definição de um interesse público concreto, relacionado à situação fática e justificador de sacrifício individual somente na valoração no caso concreto e na exata medida do indispensável ao interesse público. O enquadramento do particular como litigante permite a sustentação de um modelo de supremacia abstrata, em que não há níveis de ponderação nem relação com o caso concreto e impede a aplicação de um modelo de prevalência concreta, no qual somente há sacrifício do particular se houver um interesse público bastante e suficiente, que justifique tal sacrifício.²⁹⁶

O atuar impositivo é reverso ao consenso. A posição supremacista abstrata não condiz com a horizontalidade que deve ser instituída quando da promoção do acordo. Levar

Administração precisa inevitavelmente da colaboração dos administrados para atingir os objetivos que considera socialmente aceitáveis” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II. p. 458).

²⁹⁵ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os Meios de Conformação das Relações Jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 31.

²⁹⁶ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Acordo Administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 72.

o agir impositivo aos acordos administrativos acarreta um não acordo. Afinal, ter-se-á uma relação ausente de paridade, ausente de dialética que permita ponderar as contribuições da contraparte, ausente de concessões que são o âmago da negociação.

Se antes o binômio supremacia-indisponibilidade do interesse público impunha obstáculos à existência de acordos administrativos, agora ele obstaculiza a forma pela qual se deve acordar.

2.2.1 A falta de negociação: os acordos por adesão

Considerando todo o contexto participativo-democrático, seria possível falar em um acordo administrativo por adesão? É raro, mas não impossível imaginar que a Administração Pública possa apresentar proposta de acordo com a qual a contraparte concorde integralmente, aderindo voluntariamente aos termos sem travar nenhuma prévia negociação. Apesar de já terem sido apresentados desafios acerca do baixo fluxo de informações trocadas entre as partes no acordo administrativo, assim como da importância de garantir a participação no processo decisório administrativo, não se refutam as hipóteses em que exista plena convergência entre o posto pelo agente público e o esperado (ou querido) pelo agente privado, sem necessidade de maiores delongas a respeito dos compromissos a ser assumidos. A indagação permanece: esse cenário representaria a existência de um acordo por adesão?

A dinâmica dos acordos de adesão consiste em uma parte estabelecer os compromissos e a outra apenas aderir. Para Orlando Gomes, os instrumentos de adesão são definidos como “negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”²⁹⁷. Essa leitura poderia conferir resposta positiva aos questionamentos acima formulados. Contudo, a noção de acordos por adesão merece uma interpretação mais atenta: instrumentos de adesão são aqueles em que a parte aderente não pode discutir ou, em outros termos, negociar o seu conteúdo²⁹⁸. Nesse sentido, um instrumento de adesão não somente consiste na ideia de uma parte aderindo às propostas da outra, mas, também, que a

²⁹⁷ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 3.

²⁹⁸ Continua o autor: “É a forma do consentimento que identifica mais rapidamente a figura jurídica do contrato de adesão se, obviamente, a predisposição unilateral do seu conteúdo for realizada para contratos em massa. Afinal, a aceitação em bloco de cláusulas preestabelecidas significa que o consentimento sucede por adesão, prevalecendo a vontade do predisponente que, na observação de Saleilles, dita a sua lei, não mais a um indivíduo, senão a uma coletividade indeterminada” (Ibid., p. 5).

parte aderente não terá sequer oportunidade de questionar as cláusulas propostas. Conceitua Maria Helena Diniz:

Os contratos por adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. Esses contratos ficam, portanto, ao arbítrio exclusivo de uma das partes – o peticitante – pois o oblato não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas.²⁹⁹

O desafio atrelado aos acordos administrativos por adesão reside, pois, neste ponto em específico: utilizar-se da concepção desse instrumento para impedir a ocorrência de uma eventual negociação desejada pela contraparte. Conforme aponta Fernando Dias Menezes de Almeida, ao apresentar como exemplo o TAC ou outras figuras afins, normalmente os compromissos assumidos são compostos de ações ou omissões para o cumprimento do Direito, sem se notar, “expressamente, a manifestação da Administração de uma vontade concordante, levando a um resultado jurídico construído pelo acordo entre as partes”³⁰⁰. Assim, o fato de a parte aderir voluntariamente às propostas da Administração Pública não torna o acordo um instrumento naturalmente impositivo: ele apenas o será quando qualquer tipo de negociação for negado à parte tida como aderente, àquela que não propôs os compromissos contidos no instrumento³⁰¹. Na explicação de Juliana Bonacorsi de Palma:

A consensualidade pressupõe a horizontalidade das relações administrativas com o Poder Público e particulares trabalhando conjuntamente e em pé de igualdade, para o desenho de um acordo que satisfaça mais plenamente as finalidades públicas específicas. Isso não é verdade na maior parte dos acordos administrativos. Não raro, inexistente negociação. O agente público simplesmente apresenta uma proposta pronta e definitiva. Essa proposta é, em geral, bastante

²⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 97. No entendimento de César Fiuza, o contrato de adesão seria uma oposição a um contrato negociável, em vez de paritário. No seu entendimento: “A doutrina vem empregando tradicionalmente o termo paritário, em vez de negociável. Não concordo, porém. Paritário é o que se forma por elementos pares para estabelecer igualdade. A expressão contrato paritário deixa a entender, erroneamente, que os contratos de adesão seriam leoninos, por conferir a uma das partes vantagem exagerada, em prejuízo da outra” (FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 469).

³⁰⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. Quartier Latin, 2012a. p. 303-304.

³⁰¹ Apesar da mira específica nos acordos administrativos, também não é possível falar em contratos administrativos puramente adesivos. No caso dos contratos decorrentes de licitação, por exemplo, é possível dizer que se confere voz à contraparte na ocasião de eventual consulta pública prévia ao certame, nas perguntas e respostas sobre o edital e até na possibilidade de impugnar o edital. Nos demais casos, pode-se conferir voz à contraparte por meio de acordos integrativos – que antecedem a elaboração do instrumento – ou até mesmo do direito de petição que a parte pode manifestar perante a Administração Pública. Ainda que não seja instituída uma negociação em si, com propostas e contrapropostas, tem-se, sim, a possibilidade de questionamento sobre os termos do contrato, o que já é capaz de descaracterizar parte da qualificação adesional, sem ignorar, ainda, a obrigação que a entidade pública tem de ponderar e motivar o acatamento ou o afastamento das ponderações trazidas à luz pelos interessados.

desfavorável ao particular, com cláusulas que determinam o recolhimento de alto valor ou a imposição de obrigações que apenas validamente se colocariam mediante determinação normativa, o que não é o caso. A proposta é apresentada nos termos *take or leave it*: ou assina o acordo, tal qual apresentado e definido unilateralmente pelo poder Público, ou o processo administrativo será instaurado ou continuará em curso. A única margem de opção do particular neste caso concreto é assinar ou não assinar. Qualquer outra margem de negociação não lhe é facultada. Tem-se, assim, os acordos de adesão.³⁰²

A recusa em negociar muito se relaciona ao exercício imperativo da Administração Pública, que faz remeter ao raciocínio esposado por Celso Antônio Bandeira de Mello de que não faz sentido contratar – e, assim, negociar ou também acordar – aquilo que se pode impor³⁰³. Ainda que se esteja falando de um instrumento eminentemente consensual – que é o acordo administrativo –, a prática consensual pode surgir como mais onerosa aos olhos da Administração Pública, que deve investir no convencimento da contraparte e na ponderação de suas propostas, em oposição a lançar mão de seu poder imperativo de impor ao particular o que entende correto em nome do interesse público (nada obstante essa imposição dever contar com igual motivação a respeito da correção e eficácia de suas cláusulas e compromissos propostos). Sem vislumbrar qualquer benefício advindo da negociação, a Administração Pública não tem motivos para promovê-la. Na explicação de Philip Harter:

Uma parte deve acreditar que se beneficiará com a negociação. Nenhuma parte concordará em promover fórum de consenso para chegada a uma decisão na qual esteja interessado a menos que acredite ser mais provável atingir seus objetivos usando este procedimento em vez de algum outro procedimento de decisão disponível. [...] Se a parte tem poder para atingir seu objetivo, ela irá naturalmente exercer esse poder. [...] Em tal situação, a parte poderia realizar seus desejos sem renunciar a nada, se as suas intenções estiverem dentro dos limites das normas. Portanto, a parte dominante não teria motivo para negociar com as demais.³⁰⁴

O uso da imposição em vez do consenso em uma seara eminentemente concertada representa a manutenção do argumento de verticalidade, que não se encaixa no âmbito consensuado. A tese da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é utilizada

³⁰² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.) **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 13.

³⁰³ Dissertando sobre os contratos de gestão, o administrativista tece críticas ao instrumento, afirmando que “não faz sentido contratar o que se pode impor” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 233).

³⁰⁴ Tradução livre de: “*A party must believe that it will benefit from negotiation. Indeed, no party will agree to use any forum to reach a decision in which it is interested unless, all things considered, it believes it is more likely to achieve its overall goals by using that process instead of some other available decisional process [...] If a party has the power to achieve its goal, it naturally will exercise that power [...] In such a situation, the party could achieve its wishes without compromising at all if the wishes were within the confines of the governing norms. Therefore, the dominant party would have no reason to negotiate with the other parties*” (HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 42 e 45).

para anular, por completo, a figura do particular na relação consensual, extraindo dele o direito de fazer valer os seus direitos subjetivos perante a vontade pública. Tem-se um prolongamento da dicotomia baseada não “[...] na simples separação entre o público e o privado, mas na oposição entre eles, o público contra o privado”³⁰⁵.

Mas não só isso. Ao argumentar em prol de uma supremacia apriorística do interesse público, a Administração Pública adota caminho que permite desviar de sua obrigação de ponderar eventuais críticas propostas à redação das cláusulas do acordo. Deixa, assim, de apreciar os efeitos que sua decisão terá no caso concreto, acarretando grave insegurança jurídica. Para Floriano de Azevedo Marques Neto:

Nesse sentido, pode-se dizer que a supremacia é própria do paradigma bipolar e é antípoda às ideais de ponderação, de modulação ou de sopesamento. Estas envolvem avaliação em concreto de como cada feixe de interesses se manifesta diante de uma contraposição. Compreende perquisição para identificar qual deverá predominar caso não seja possível um equilíbrio entre os interesses antagônicos.³⁰⁶

A imposição sem negociação não avalia, não assimila e não considera, na escolha administrativa, a vontade e os direitos da contraparte. E nem se sustenta ser possível argumentar em prol de uma ponderação feita exclusivamente pela autoridade administrativa, antes da feitura das cláusulas do acordo. No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública não detém o monopólio na determinação do que é viável fazer ou não, devendo contar com a participação do administrado no delineamento das obrigações a ele carreadas. Tem-se uma discricionariedade limitada pelos critérios de participação, de respeito aos direitos subjetivos, de busca pelo interesse público finalístico – aquele que se deseja atingir no caso concreto – e por critérios de eficiência, do que é possível atingir, da melhor forma, no caso concreto.

Não é possível suscitar como solução ao desafio dos acordos por adesão a sua simples não assinatura pela contraparte, caso esta discorde da proposta formulada pela Administração Pública. Não é disso que se trata. A contraparte pode querer celebrar o acordo, mas a partir de proposições outras que deseja externalizar. A questão é existir um instrumento atinente à seara consensual jungido de métodos puramente impositivos. Não é possível vislumbrar a efetivação da relação consensual sem que haja, no mínimo, a oportunidade de questionamento das condições unilateralmente dispostas, ou seja, sem que

³⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 140.

³⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015a. v. 1. p. 353-415. p. 386-387.

haja uma efetiva troca entre as partes que possa ou não culminar em concessões. Explicam Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho:

Não há como se falar em consenso-jurídico sem tratar de negociação. Por negociação compreende-se o instrumento pelo qual se identifica o consenso em uma relação jurídica. Negociação envolvendo a Administração Pública é a deliberação conjunta de interesses voltada a atingir um objetivo público. Consenso e negociação são fenômenos coligados, indissociáveis. Não são sinônimos, mas complementares. A negociação é o principal substrato do consenso, sem o qual ele não terá eficácia jurídica. É ela que garante efeito jurídico às relações consensuais público-privadas.³⁰⁷

Ora, se a própria atividade normativa – estruturada de maneira essencialmente vertical – deve ser motivada através da dialética permitida por via de Consulta Pública, outra não seria a conclusão sobre a necessidade de permitir a dialética também na celebração dos acordos. Em outros termos, se nem os regulamentos podem ser puramente impostos aos destinatários sem oportunizar manifestação prévia³⁰⁸, muito menos poderia sê-lo o acordo administrativo, instrumento essencialmente consensual.

O comportamento com viés impositivo nos acordos pode advir de inúmeras razões. Pode derivar da crença institucional arraigada à noção clássica do Direito Administrativo de que a Administração Pública não deve flexibilizar o seu agir, bastando a parte aderir ao que eventualmente seja proposto. Pode ser decorrência do comportamento adversarial das partes, que impede a negociação entre elas pelas razões já analisadas. Pode ser consequência da paralização da autoridade administrativa, que teme ser pessoalmente responsabilizada caso a entidade controladora não concorde com a flexibilização promovida. É possível, também, que a imposição de compromissos inalteráveis derive da tentativa de implementação de política pública preestabelecida pelo Poder Executivo. Ou, ainda, pode ser decorrência do maior poder de barganha carreado à Administração Pública, como nos casos em que o particular deseja intensamente firmar o acordo.

Independentemente das razões que justifiquem esse comportamento, a proibição do questionamento a respeito dos compromissos a ser acordados fere requisitos formais e substanciais. De um lado, cerceia o direito do particular de se insurgir contra obrigação com a qual não concorde, atentando contra os princípios do contraditório e da ampla defesa

³⁰⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, Ampla Defesa e Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 92-93.

³⁰⁸ Estar-se-á a falar sobre os regulamentos que conferem interferência na esfera de direitos dos particulares.

previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. De outro lado – e como antes suscitado –, afasta a obrigação da autoridade administrativa de apreciar as contribuições ou proposições formuladas, afastando-as, se for o caso, motivadamente, conforme previsto no artigo 20, caput e parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No entendimento de Odete Medauar:

A oportunidade de reagir ante a informação seria vã se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos. A este fim responde a regra da motivação dos atos administrativos. Pela motivação se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influiu na decisão final.³⁰⁹

Para além de evidenciar as razões pelas quais o acordo administrativo existe da maneira tal como está, a motivação a partir da negociação permite que se vislumbre a congruência dos compromissos com o caso concreto, a partir da manifestação daquele que arcará com a sua execução. Nesse sentido, é possível avaliar a adequação do instrumento, assim como entender as razões pelas quais não foram adotadas alternativas outras que poderiam representar ônus menos gravosos à parte celebrante. Configura-se situação de segurança, de proporcionalidade, de afastamento do arbítrio da autoridade administrativa.

Configura-se, igualmente, respeito à eficiência, que permitirá o atendimento do interesse público concreto de maneira mais aderente à realidade. Não basta a imposição de compromissos sem considerar a capacidade da contraparte que irá executá-los. Ao fazê-lo, ainda que a contraparte anua com tais compromissos, a Administração corre o risco do não cumprimento integral da obrigação. Em um prisma superficial, a eficiência aparenta atendida a partir da imposição, sob viés da celeridade. Contudo, pode haver deficiência no que toca a efetividade³¹⁰.

De maneira mais prejudicial, a imposição pode ocasionar o não acordo, em razão de a parte entender que aquelas obrigações simplesmente não lhe são benéficas ou que os benefícios não são proporcionais aos ônus que irá assumir. Para Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton:

Em resposta ao poder, o máximo que qualquer método de negociação pode fazer é atender a dois objetivos: primeiro, protegê-lo de fazer um acordo que você

³⁰⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 204.

³¹⁰ “A alteração da ponderação quanto à solução mais satisfatória para promover o atendimento dos interesses públicos não configura disposição, renúncia ou descompromisso com a função estatal. Muito pelo contrário, a modificação do entendimento reflete a constatação de que a avaliação anterior não mantém a sua atualidade e adequação” (JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 59-60).

deveria rejeitar e, segundo, ajudá-lo a extrair o máximo dos recursos de que efetivamente dispõe para que qualquer acordo obtido satisfaça seus interesses tanto quanto possível.³¹¹

Se o segundo objetivo citado não é de possível alcance em razão da completa ausência de negociação, resta apenas o primeiro, que é não acordar.

Em suma, acordar exige permeabilidade de ambas as partes – mas especialmente da Administração Pública –, o que culmina em uma negociação. A negociação, por sua vez, exige cooperação, trabalho conjunto em prol do resultado pretendido, como visto nos tópicos precedentes. Em seu turno, a cooperação “pressupõe horizontalidade e paridade entre regulador e regulado na mesa de negociação, trabalhando juntos para tornar as cláusulas adequadas ao interesse público”³¹². Nada disso existe no âmbito impositivo.

Como bem apontado por Bernardo Giorgio Mattarella, a noção de supremacia – em seu entendimento superada – e a noção de imperatividade distorcem por completo a verdadeira extensão do poder da Administração Pública, que, além de ser um instrumento eminentemente garantístico, é enfraquecido pelas regras que o moldam e restringem. Em suas palavras:

Em terceiro lugar, porque a noção de imperatividade bem como a ideia de supremacia e privilégio que se continua a transmitir, constitui uma imagem oposta à realidade do poder administrativo, que se caracteriza, em contrário, pela fragilidade. Expressa uma ideia de supremacia da Administração que felizmente está superada. A Administração Pública pode ser forte, mas o poder administrativo é fraco. A Administração obviamente tem poderes de decisão e de execução que faltam aos particulares, mas são poderes sujeitos a regras e controles – do procedimento à motivação, do controle de gastos à revisão por excesso de poder. Ignorar esta simples circunstância tem disseminado a ideia equivocada de que o poder administrativo é instrumento de privilégio, quando na realidade é instrumento de garantia.³¹³

³¹¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 117.

³¹² Tradução livre de: “*The cooperation basis presupposes horizontality and equality of regulator and regulated in the table of negotiation, working together in a set of clauses tailored to the public interest*” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Administrative Settlements in the Shadow of the Non-Delegation Doctrine. **Paper for the Course Conservative Critiques of the Administrative State** (Professor Donald Elliott). p. 2. Disponível em: https://www.academia.edu/18478589/Administrative_Settlements_in_the_Shadow_of_the_Non_Delegation_Doctrine. Acesso em: 30 jan. 2021).

³¹³ Tradução livre de: “*In terzo luogo, perché la nozione di imperatività, con l’idea di supremazia e privilegio che continua a veicolare, restituisce un’immagine opposta alla realtà del potere amministrativo, che è connotata invece da debolezza. Essa esprime un’idea di supremazia dell’amministrazione, che da tempo è stata felicemente superata. La pubblica amministrazione può essere forte, ma il potere amministrativo è debole. L’amministrazione ha ovviamente poteri di decisione e di esecuzione che mancano ai privati, ma questi poteri sono soggetti a regole e controlli – dal procedimento alla motivazione, dai controlli sulla spesa al sindacato per eccesso di potere – che mancano in altri poteri pubblici e privati. Ignorare questa semplice circostanza ha comportato fraintendimenti ed equivoci come l’idea che il potere amministrativo e l’eccesso di potere fossero strumenti di privilegio, mentre in realtà sono strumenti di garanzia*” (MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Fortuna e Decadenza Dell’Imperatività del Provvedimento Amministrativo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, v. 62, n. 1, p. 1-37, 2012. p. 16).

Sendo assim, necessário se faz estabelecer expressamente os ditames que pautarão a negociação entre as partes no acordo administrativo, para que se evite a perpetuação de ações impositivas inadequadas.

2.2.2 O efeito torção de braço (the arm-twisting effect)

Outra consequência da atuação exorbitante da Administração Pública na seara consensual é o denominado efeito torção de braço, ou *arm-twisting effect*. Conforme sinaliza Juliana Bonacorsi de Palma, a Administração Pública – especificamente na figura das Agências Reguladoras – deixa de regular a promoção dos acordos administrativos, ou seja, deixa de restringir seu poder discricionário prevendo balizas à negociação exatamente para preservar esse efeito durante as negociações por ela travadas³¹⁴.

A prática da torção de braço promovida pela autoridade administrativa foi identificada e conceituada por Lars Noah e refere-se a “uma ameaça feita pela Agência para impor sanções ou reter benefícios na esperança de encorajar o cumprimento ‘voluntário’ de uma demanda que não se poderia impor diretamente à entidade regulada”³¹⁵. Continua o autor:

Embora conceda às Agências uma significativa flexibilidade, o efeito torção de braço difere de abordagens regulatórias inovadoras que são projetadas para beneficiar os objetos de controle administrativo. Em verdade, o efeito torção de braço impõe às partes obrigações regulatórias mais onerosas do que aquelas inicialmente autorizadas por lei, acompanhado por uma diminuição da oportunidade de questioná-las judicialmente.³¹⁶

Em outras palavras, o efeito torção de braço denota uma completa malversação do acordo administrativo e da própria atividade consensual da Administração Pública. Em

³¹⁴ Tradução livre de: “*Agencies will not regulate administrative settlements in order to preserve an effective arm-twisting effect in negotiations. [...] These are the facts: statutes provide insufficient guidance while EPA lacks incentive to issue a specific regulation, that would restrict the extended discretionary power of the Agency when defining the terms of the administrative settlements and consent decree*” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Administrative Settlements in the Shadow of the Non-Delegation Doctrine. Paper for the Course Conservative Critiques of the Administrative State* (Professor Donald Elliott). p. 12 e 17. Disponível em: https://www.academia.edu/18478589/Administrative_Settlements_in_the_Shadow_of_the_Non_Delegation_Doctrine. Acesso em: 30 jan. 2021).

³¹⁵ Tradução livre de: “*As used in this Article, administrative ‘arm-twisting’ refers to a threat by an agency to impose a sanction or withhold a benefit in hopes of encouraging ‘voluntary’ compliance with a request that the agency could not impose directly on a regulated entity*” (NOAH, Lars *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority. Wisconsin Law Review*, v. 873, p. 874-941, 1997. p. 874).

³¹⁶ Tradução livre de: “*Although it provides agencies with significant flexibility, arm-twisting differs from many of the newfangled regulatory approaches that are designed primarily to benefit the targets of administrative control. Indeed, arm-twisting often saddles parties with more onerous regulatory burdens than Congress had authorized, accompanied by a diminished opportunity to pursue judicial challenges*” (Ibid., p. 874-875).

oposição a uma decisão concertada, tem-se a imposição de compromissos previamente formatados pela Administração Pública, cuja aceitação é forçada, sob pena de serem carreados ônus indesejados à parte celebrante. Seria um exercício da atividade discricionária da autoridade administrativa que não respeitaria limites legalmente conferidos a ela (como razoabilidade, proporcionalidade, motivação, publicidade), e cuja construção dificulta demasiadamente este controle.

Nessa altura, uma distinção se faz necessária. A atividade imperativa pode ocasionar acordos por adesão e acordos decorrentes do efeito torção de braço. É verdade que estes últimos também são acordos meramente adesivos, mas não se confundem integralmente com aqueles. Nos acordos de adesão, a parte tem o seu direito de manifestação inadequadamente restringido. Ainda assim, é possível que a parte concorde voluntariamente com os termos propostos, optando por acatá-los. Caso não o faça, ou seja, caso não celebre o acordo, a parte manterá seu *status quo*, sem que haja alteração da realidade fática na qual ela estava inserida quando o acordo lhe foi ofertado. De outra banda, nos casos dos acordos decorrentes do efeito torção de braço, a parte não adere aos seus termos de maneira voluntária: a concordância advém do risco de ser demasiadamente prejudicada caso não celebre o acordo. Em razão dessa ameaça, a parte acaba por aceitar condições propostas unilateralmente que lhe são onerosas, mas não mais onerosas do que as consequências de não celebrar o acordo administrativo.

Exemplificadamente, imagine-se uma negociação integrativa, que versa sobre possíveis obrigações a ser assumidas pelos vencedores de uma licitação que concede nova tecnologia para prestação de um serviço público. A Administração Pública sabe: (I) da escassez dessa tecnologia; (II) da alta relevância que ela tem para o setor; (III) da iminente defasagem das empresas que não arrematarem tal tecnologia e seus consequentes prejuízos concorrenciais; (IV) da necessidade dessa tecnologia para que a atividade do setor se alinhe ao que é prestado no cenário mundial. Nesse contexto, ela se aproveita da imprescindibilidade da obtenção dessa tecnologia pelos administrados para fazer imposições mais onerosas do que faria normalmente em seus contratos, seja através de obrigações de fazer, seja com a elevação demasiada do preço do objeto, com fins puramente arrecadatórios. Tais imposições podem acabar por ser acatadas em razão das consequências ainda mais prejudiciais que possam advir da não contratação da nova tecnologia.

Muitas vezes, as consequências da não assinatura do acordo não estão sequer atreladas ao objeto do acordo em si. Podem se materializar em outras retaliações, como indesejada publicidade negativa ou, nos casos em que as partes têm um relacionamento

contínuo, ameaças atinentes a outros temas relevantes em andamento, como a negação quanto a expedição de licenças ou autorizações, a intransigência em outros acordos que se deseja celebrar, a imposição de obrigações em atividades não reguladas, mas que podem ser classificadas como contrárias ao interesse público pela autoridade administrativa.

Em sua obra voltada a criticar a arquitetura dos acordos administrativos, Owen Fiss revela que um dos defeitos desse instrumento está no fato de que “o consentimento é frequentemente coagido”³¹⁷. Apesar da inadequada generalização dessa premissa, ela não deixa de ser verdadeira no presente caso. Em verdade, Lars Noah prefere o uso do termo “exploração” do consentimento, por entender que, nada obstante a parte renuncie a seus direitos sem um consentimento válido, a coação envolve submissão a ações ilegais pela parte, o que não é o caso³¹⁸.

Independentemente do termo, fato é que a Administração Pública aproveita do seu alto poder de barganha para extrair o máximo de obrigações unilateralmente delineadas, de maneira desproporcional. Para além de uma atuação impositiva, também se revela uma atuação oportunista, que busca atrair benefícios ou vantagens que dificilmente seriam obtidos por meio da edição de atos de caráter geral.

O fato de ter havido anuência às obrigações que foram carreadas à parte – desacompanhada de questionamentos quanto ao teor dessas obrigações – é argumento bastante forte para evitar questionamentos nas instâncias controladoras. Difícil identificar qualquer irregularidade em obrigações lícitas, possíveis e determinadas, que foram anuídas sem qualquer impugnação a seu respeito e que encontram justificativa plausível para existirem. Nesse sentido, as obrigações impostas seriam “benéficas ao sistema regulatório pois delineadas em prol do interesse público”³¹⁹, em clara expressão do princípio da

³¹⁷ FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, p. 1073-1090, 1984. p.1075. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 2 fev. 2021.

³¹⁸ Tradução livre de: “*Narrowly conceived, ‘coercion’ exists only if a person is put to a choice involving an unlawful option, but coercion arguably also exists where a choice leaves the individual worse off than they were previously [...] Instead, the doctrine recognizes that, even without coercion, individuals often face seriously constrained choices and that the government’s offer may encourage persons to waive their rights without valid consent. ‘Exploitation’ may be more apt a term than coercion*” (NOAH, Lars Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority. **Wisconsin Law Review** v. 873, p. 874-941, 1997. p. 915).

³¹⁹ Tradução livre de: “*One may argue that because Agencies are public interest seeking, the arm-twisted obligations are always beneficial to the regulatory system because tailored to the public goals*” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Administrative Settlements in the Shadow of the Non-Delegation Doctrine. **Paper for the Course Conservative Critiques of the Administrative State** (Professor Donald Elliott). p. 11. Disponível em: https://www.academia.edu/18478589/Administrative_Settlements_in_the_Shadow_of_the_Non_Delegation_Doctrine. Acesso em: 30 jan. 2021).

supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Para Lars Noah, “diferenciar incentivos ou ameaças inadequadas de ofertas legítimas representa uma das tarefas mais difíceis na identificação e talvez na tentativa de contenção do efeito torção de braço”³²⁰. As onerosas imposições dificilmente serão atreladas ao poder de barganha detido pela Administração Pública, mas a uma motivação aceitável a olhos públicos. Portanto, a motivação unilateral pura e simples não seria capaz de mitigar os efeitos da torção de braço, dado ser possível delinear-la de modo a corretamente justificar as obrigações impostas.

Ademais, também existe grande dificuldade em comprovar o nexo de causalidade entre a recusa na celebração do acordo e as consequências negativas decorrentes dessa recusa, em um contexto que limita o questionamento da contraparte às obrigações impostas. No exemplo dado, ainda que tenha havido uma tentativa de acordo integrativo – antes do lançamento do edital com a minuta do contrato –, a Administração Pública pode manter tais contatos na seara informal, exatamente para não criar materialidade que evidencie a ligação entre as duas circunstâncias. Imprescindível, então, reduzir a termo os contatos entre as partes, mesmo que de maneira simplificada, com vistas a garantir visibilidade aos questionamentos gerados e controle quanto à ponderação desses questionamentos. Ainda que não seja aberto um processo específico para condução de tais contatos, os elementos materiais gerados – como atas de reunião ou troca de e-mails – devem ser anexados quando da instauração do processo para lançamento de Consulta Pública ou de elaboração de Análise de Impacto Regulatório, como parte do estudo (e da motivação) sobre a viabilidade do instrumento que se deseja lançar.

Isso confere lastro capaz de embasar a análise de entidades controladoras, administrativas e judiciais. No último caso, vislumbra-se desafio adicional: a deferência que as autoridades judiciárias têm demonstrado em relação às escolhas administrativas – especialmente as escolhas técnicas administrativas – reduz o escopo de discussão do mérito das cláusulas acordadas, principalmente quando, como mencionado, foi fabricada justificativa razoável para sua existência. Conforme delineado por Lars Noah, é possível que, de um lado, a sociedade não se insurja contra obrigações que atendam ao interesse público e, de outro, outras entidades do setor não se posicionem contrariamente na intenção de deixar o concorrente sofrer com as consequências dos ônus impostos:

³²⁰ Tradução livre de: “*Indeed, differentiating inappropriate inducements or threats from legitimate offers represents one of the most difficult tasks in identifying and perhaps attempting to restrain administrative arm-twisting*” (NOAH, Lars Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority. **Wisconsin Law Review** v. 873, p. 874-941, 1997. p. 883).

Embora os juízes devam se engajar na revisão do instrumento, as partes geralmente não conseguem desafiar sua legalidade em juízo. Nos casos de *arm-twisting*, os grupos de interesse público podem não intervir para se opor às demandas impostas à empresa e os demais agentes do setor podem preferir deixar o concorrente sofrer as consequências da imposição onerosa.³²¹

Contudo, se houvesse algum normativo explícito que conferisse balizas impeditivas de tal comportamento, a análise sobre a incorrência em algum vício se tornaria mais objetiva e evidente. Para Juliana Bonacorsi de Palma, os efeitos de torção de braço poderiam ser mitigados através de deveres carreados à seara consensual, que garante o regular processamento dos acordos administrativos. Em suas palavras:

A tradução mais evidente da regra do devido processo legal corresponde à regularidade procedimental. No que tange a consensualidade, o procedimento regular pressupõe ao menos cinco deveres: (i) dever de garantia do contraditório e da ampla defesa; (ii) dever de endereçamento das cláusulas consensuais ao problema concreto; (iii) dever de motivar; (iv) dever de publicidade. Uma vez observados esses desdobramentos do devido processo legal na consensualidade administrativa, o efeito de torção de braço tende a ser mitigado senão inteiramente afastado.³²²

Sumarizando, o racional do *arm-twisting effect* é: a Administração Pública se aproveita do seu poder de barganha para extrair vantagens da contraparte que não o faria de maneira direta, usando de seu poder extroverso para limitar a participação da contraparte na criação das obrigações impostas, sob o argumento de que foram construídas em prol do interesse público. A contraparte, por receio de arcar com consequências ainda mais onerosas, acaba por acatar as obrigações unilaterais por ser a opção menos ruim. A aquiescência da parte aos compromissos, a deferência às escolhas administrativas, o acatamento da

³²¹ Tradução livre de: “*Although judges must engage in some review of a proposed consent decree, parties to the decree generally cannot challenge its legality in court. In cases of arm-twisting, public interest groups will not intervene to object to extra-statutory demands imposed on a company, and others in the industry may well prefer to let their competitor suffer the consequences of a burdensome consent decree*” (NOAH, Lars. *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*. **Wisconsin Law Review**, v. 873, p. 874-941, 1997. p. 926).

³²² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.) **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 p. 22. Continua a autora: “Tomando o exemplo da lei-quadro francesa, o conjunto de padrões deve ser constituído de: especificação da ferramenta criada, para que serve e quais são as características mais importantes; o procedimento básico; os deveres que a Agência deve cumprir, como o dever de transparência e o dever de motivação; os direitos conferidos aos particulares; e os mecanismos de controle mais relevantes” [Tradução livre de: “*Taking the French example of the loi cadre, the set of standards should be constitute of: specification of the created tool, what is it for and what are the most important features; the basic procedure; the duties that Agency must observe, such as duty of transparency and duty of justification; the rights conferred to the particulars; and the most relevant control mechanisms*”] (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Administrative Settlements in the Shadow of the Non-Delegation Doctrine*. **Paper for the Course Conservative Critiques of the Administrative State** (Professor Donald Elliott). p. 19. Disponível em: https://www.academia.edu/18478589/Administrative_Settlements_in_the_Shadow_of_the_Non_Delegation_Doctrine. Acesso em: 30 jan. 2021).

justificativa conferida pela Administração Pública (em uma perpetuação do agir exclusivo e impositivo em prol do interesse público), a dificuldade em provar o nexo de causalidade entre os fatos e as consequências, tudo isso forma um conjunto de elementos que dificulta o controle desses acordos impostos.

Inserir os acordos em um contexto processual, com garantias correlatas que não permitem a atuação administrativa nesse sentido, influenciaria positivamente na mitigação do efeito torção de braço, pois restringiria a atuação unilateral da autoridade e permitiria maior controle dos compromissos assumidos e até da manifestação de vontade da parte contratante que, se viciada, não pode ser capaz de aperfeiçoar o instrumento. Como dito e repetido, a atuação administrativa “deve ser tal que não ultrapasse o ponto de ruptura do sistema”³²³ conforme aponta Massimo Gianinni, estando sempre atrelada aos ideais do Estado Democrático de Direito.

2.3 OS DESAFIOS DE CONTROLE DO ACORDO ADMINISTRATIVO

Não existe contradição entre o intuito de processualizar a negociação promovida pela Administração Pública e o relato quanto aos desafios atinentes ao controle dos acordos administrativos. A instituição de um itinerário formal não pretende criar novas amarras, mas, ao contrário, pretende levar segurança jurídica tanto ao particular como ao próprio agente público que negocia.

Na seara específica das Agências Reguladoras, sabe-se que estas foram criadas com autonomia para lidar com os assuntos que lhes são correlatos, conferindo discricionariedade aos seus representantes para promover a melhor escolha no exercício de suas atribuições. Mas a atividade esbarra em obstáculos capazes de desincentivar a atuação em determinado sentido, fazendo que o agente ou a instituição opte pela paralisação (não atuando ou não regulamentando, por exemplo). Nesse contexto, alertam os autores Caio Mario da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami que não basta compreender a autonomia das agências reguladoras em abstrato, sendo “fundamental estudar a qualidade dessa autonomia – o que exige a compreensão da interação entre agências e demais instituições do Estado Democrático de Direito”³²⁴.

³²³ GIANNINI, Massimo Severo. **Direito Administrativo**. Milano: Giuffrè, 1970. v. I. p.35.

³²⁴ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 150.

À parte o controle feito pelo Poder Judiciário, os desafios observados se dão quanto à participação de terceiros e à análise por entidades controladoras. Insta lembrar que não se propõe analisar a problemática do controle em si – o que merece um fórum específico –, mas seus impactos na abertura para negociação dos acordos administrativos.

2.3.1 A difícil tarefa de controlar a negociação

Nada obstante existirem inúmeros normativos que preveem instrumentos consensuais, e apesar de haver cláusula geral que permite à Administração Pública ajustá-los, não há normativo que reja de forma mais precisa como a negociação ocorrerá. Em tese, a negociação seria um pressuposto natural da celebração do instrumento consensual, o que, conforme observado antes, não representa verdade absoluta. Nesse sentido, a falta de uma ostensiva previsão sobre a necessidade de negociação entre as partes para configurar o instrumento como uma ferramenta consensual pode causar malversação do consensualismo, transformando-o em uma imposição disfarçada. Este é o primeiro obstáculo relativo ao controle: o relativo indeterminismo dos princípios que possam reger uma negociação, ainda não completamente externalizada na norma, é capaz de mascarar uma conduta impositiva, contrária ao consenso que se busca. Imprescindível, pois, sacramentar a negociação como parte do processo da celebração de instrumentos consensuais.

Ademais, a falta de um iter específico sobre a negociação pode levar à crença de que os contatos informais que porventura sejam travados entre as partes sejam voltados a estabelecer conluíus à margem da lei. Conforme apontam Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz:

Esta advertência preliminar decorre do fato de que, na prática, a informalidade tem servido ao tráfico de influências: pessoas dotadas de maior facilidade de acesso à Administração, ou que contam com a maior simpatia do agente público encarregado do assunto (seja lá qual for o instrumento de persuasão), podem conseguir algumas vantagens, maior ou menor celeridade (conforme seu interesse), alguma transigência etc.³²⁵

A informalidade, então, seria vista como uma forma de favorecimento das partes e até de estruturação de esquemas de corrupção. Assim, o instrumento celebrado teria uma

³²⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 125.

carça regular, mas não representaria o verdadeiramente acordado pelas partes em seara extraprocessual. Na explicação de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler:

É exatamente o descompasso entre aquilo que se encontra registrado no processo administrativo e o que foi efetivamente dialogado entre as partes envolvidas que potencializa o risco de desvirtuamento da atividade administrativa. A informalidade tem como consequência direta a ampliação da dificuldade de controle sobre a administração pública.³²⁶

Ainda que se parta do pressuposto de que houve uma condução legal e moral das partes durante as negociações – pois não se acredita que do informalismo derivem, necessariamente, arranjos ilegais –, a falta de previsão mais específica sobre as balizas negociais pode acarretar outros efeitos indesejados quando do exercício de controle dos acordos administrativos.

Isso porque existe uma assimetria de informações entre aquele que efetivamente negociou o acordo e aquele que irá controlá-lo. O controlador tem em mãos o ajuste pronto e acabado, podendo tecer críticas ou recomendar ajustes nos compromissos ali constantes sem sequer ter noção dos limites e razões que levaram as partes a ajustar daquela forma. Trata-se de um olhar asséptico, estático, que não experimentou as dificuldades pulsantes que encontraram soluções para atender as partes da melhor maneira. Trata-se de um controle que se pautará por critérios gerais disponíveis em normativos carentes de tratamento quanto às balizas para a negociação.

Para além da baixa compreensão das escolhas feitas pelos agentes públicos que estão na linha de frente da negociação³²⁷ e que, de fato, enfrentam os problemas, a falta de balizas ainda pode acarretar um controle permeado de predileções pessoais do controlador, baseadas em conceitos indeterminados. Ou seja, um controlador não inclinado à adoção de instrumentos consensuais pode ter um olhar de desconfiança em todo compromisso que não seja uma mera repetição da lei. Pode entendê-lo não suficientemente protetor do interesse público. Sua análise contaria com subjetivismos que podem não aceitar nada que não seja a subsunção da norma ao compromisso. No entendimento de Vitor Rhein Schirato:

³²⁶ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 74.

³²⁷ “Os trabalhadores do serviço público que interagem diretamente com os cidadãos no decurso dos seus trabalhos e que têm poder substancial na execução de seu trabalho são chamados de burocratas de nível de rua neste estudo. [...] Assim, os burocratas de nível de rua, implicitamente, medeiam a relação constitucional entre cidadãos e o Estado” (LIPSKY, Michael. **Burocracia de Nível de Rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos**. Tradução Arthur Eduardo Moura da Cunha. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4158/1/Burocracia%20de%20n%C3%ADvel%20de%20rua_Michael%20Lipsky.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021. p. 38 e 40).

Mais complicada ainda é a mistura lógica francesa do controle de legalidade com a estrutura germânica da supremacia da Constituição. Ela gera um controle de atos administrativos com base em princípios constitucionais genéricos (muitas vezes, sequer expressos), sem o necessário exame da proporcionalidade. É dizer, controla-se o ato administrativo em cotejo com os princípios constitucionais genéricos, como se fosse um exame simples de legalidade. A eficácia direta da Constituição sobre a Administração Pública acaba completamente vulgarizada e tira a garantia inerente à lei, facultando que a decisão do controlador seja permeada por subjetivismos.³²⁸

Isso causa fadiga na relação entre as partes negociantes – seja a autoridade administrativa, que vê limitada a sua discricionariedade de melhor atender o caso concreto, seja o particular, que não sabe ao certo a extensão da segurança jurídica em negociar com o ente público, cujos compromissos podem ser alterados posteriormente por quem nem sequer participou da mesa de negociação. Como consequência, a autoridade administrativa, nos acordos posteriores, passa a se posicionar conforme precedente da entidade controladora, perdendo uma das vantagens mais importantes da consensualidade: a flexibilidade. Nos ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, esse cenário representa um impasse em que os gestores priorizam a satisfação da demanda dos controladores em oposição a encontrar a melhor solução para o caso concreto através do diálogo. Em suas palavras,

Entre alocar o tempo escasso – assim como os recursos públicos – em modelar os contratos administrativos, conduzir procedimentos, elaborar políticas públicas, fomentar o diálogo com a sociedade por meio de audiências e consultas pública e responder aos controladores, a resposta é inequívoca: os gestores priorizam as demandas dos controladores.³²⁹

Sem mencionar, ainda, a paralisação do agente público por medo de ser pessoalmente responsabilizado por algum compromisso que se entenda não ser ancorado em lei ou em um entendimento prévio do controlador. Na lição conferida pela mesma autora, “gestores públicos honestos, que arrisco afirmar serem a maioria na Administração Pública, constroem-se em tomar decisões inovadoras ou que contrariem orientações controladoras simplesmente porque discordam da interpretação dada pelos controladores”³³⁰. Para Onofre

³²⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. A necessidade de parametrização do controle da Administração Pública – a tentativa de dar sentido a um sistema extremamente complexo – breves considerações acerca do conteúdo do novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 92-96. p. 94.

³²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. *E-book*. 19º parágrafo.

³³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>.

Alves Batista Júnior e Sarah Campos, o medo das autoridades competentes para negociar pode, inclusive, passar a eficiência que se deseja atingir com a atividade administrativa.

Em suas palavras:

No entanto, por vezes, posturas preconceituosas, fruto de uma arraigada cultura burocratizada mais ortodoxa, servem de obstáculo para a possibilidade de celebração de transações; não são incomuns penalizações (ou tentativas de anulações ou penalizações) aos servidores públicos que abraçam a via consensual, apenas por isso. Os agentes públicos recolhem-se receosos, fugindo de soluções que possam melhor atender ao interesse público, prendendo-se a interpretações mais ortodoxas e burocráticas, mesmo que em detrimento do interesse do Estado e do administrado.³³¹

Intensifica-se o antagonismo na relação entre público e privado, afastando qualquer hipótese que possa presumir um benefício concedido ao particular na negociação³³². Limita-se a proatividade e a criatividade das soluções, apoiando-se na legalidade estrita, na intenção de se respaldar contra qualquer interpretação posterior que não enxergue os benefícios trazidos ao interesse público, decorrentes do compromisso firmado. Como aponta Egon Bockmann Moreira, “nessa perspectiva, o acordo teria como único escopo a execução da lei, o que, convenhamos, significa negociar coisa alguma: se a solução está pré-configurada em lei, nada mais resta senão a aplicar cegamente”³³³. Exceto para os casos em que o acordo administrativo é tipicamente fechado, com limitado espaço para inovação, nem sempre

Acesso em: 21 mar. 2021.

³³¹ Continuam os autores: “[...] A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. p. 37-38).

³³² Perpetua-se o cenário descrito por Carlos Ari Sunfeld: “Exemplo delas: decidir rapidamente não é importante, antes, ao contrário, pois demora é prudência; pouco importa o custo do processo para o Estado, muito menos para o particular; entre deferir ou indeferir, melhor é não decidir; na dúvida, o pedido deve ser negado; devem se manifestar formalmente nos autos o máximo de agentes e órgãos estatais; ao tomar decisões, não cabe ao agente verificar se a finalidade legal está sendo realizada da melhor forma, mas sim se requisitos objetivos foram atendidos; as normas devem sempre ser interpretadas contra a liberdade; o agente público não pode diminuir os custos do sujeito privado, ao contrário, deve obrigá-lo a gastar para o bem público; o requerente tem o ônus de prova absoluta de que não vai pecar; nenhum risco é aceitável. Essas convenções nem constam de manuais, nem têm defensores teóricos explícitos, mas são adotadas no cotidiano administrativo e conseguem apoio judicial, pela óbvia razão de que os juízes também são agentes públicos e, como os administrativos, carecem de incentivos para agir de outra forma” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 151).

³³³ MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020b. p. 31.

haverá lei que suporte integralmente a ação da autoridade administrativa³³⁴. Nesse caso, a insegurança do gestor pode impedir o acordo.

2.3.2 O plurissubjetivismo negocial

Por fim, outro desafio que pode ser citado diz respeito a um possível plurissubjetivismo negocial, ou seja, quando existe mais de um interessado participando ativamente da negociação. Essa pluralidade de sujeitos pode existir tanto no lado da Administração Pública como no lado do particular.

No primeiro caso, o plurissubjetivismo pode acontecer por autorização normativa – quando a própria norma atribui a mais de uma autoridade administrativa a possibilidade de participar da celebração do acordo. Isso ocorre, por exemplo, no caso dos acordos de leniência, em que um membro do Ministério Público pode atuar como interveniente anuente nos acordos firmados em âmbito do CADE³³⁵. Conforme aponta Egon Bockmann Moreira, citando precedente exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região³³⁶, apesar de não ser condição para sua perfeição, validade e eficácia, outros órgãos podem participar da constituição do acordo de leniência³³⁷. Nesse sentido, de maneira autorizada, há a participação de mais de uma figura pública na construção do acordo administrativo.

Ainda na esfera pública, o plurissubjetivismo pode ocorrer conforme situação narrada no tópico precedente, ou seja, quando não há clareza sobre com quem se está a negociar. A relação entre a autoridade competente e a autoridade controladora pode culminar em uma espécie de negociação por cooperação ou por substituição, em que não se tem ao certo qual vontade está sendo satisfeita na construção do acordo administrativo:

Diretamente, o controlador toma a decisão administrativa no lugar do gestor. Aceita esta avocação e, aí sim, torna o administrador mero braço mecânico (não do Legislativo, mas das instâncias de controle). É o próprio controlador que modela a atividade-fim, ou seja, o específico modo de satisfação das finalidades públicas por meio de comandos concretos. [...]

A depender do quão incisiva for sua intervenção, o controlador se coloca como colaborador do gestor no exercício das competências administrativas (relação de controle por cooperação) ou, então, toma o lugar do gestor por completo (relação

³³⁴ “É que a noção de legalidade administrativa (entendida como vinculação à lei formal) não apenas é inapta a alcançar performativamente toda a atividade da Administração, como, mais que isso, não deve pretender alcançá-la” (ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 155).

³³⁵ Conforme art. 7º da Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018.

³³⁶ Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR.

³³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Tribunais de Contas podem controlar acordos de leniência? *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020d. p. 38.

de controle por substituição). Note-se que, aqui, limitadíssimo é o espaço de inovação ou de protagonismo da Administração Pública: ela se resume a responder às demandas do controlador.³³⁸

Já no caso dos particulares, é possível que haja plurissubjetivismo quando um terceiro, com base no artigo 9º da Lei nº 9.784/1999, solicite seu ingresso no processo administrativo em razão de ter a sua seara de direitos afetada pelo resultado da negociação. Ou, ainda, quando um terceiro exerce o seu direito constitucional de petição e pugna pelo acompanhamento do processo, sob o argumento de controle da legalidade dos fatos que ali são debatidos.

No contexto público, supérfluo mencionar ser preciso ter muito bem delineadas as competências que serão exercidas por cada autoridade administrativa. Cada uma delas deverá avaliar os efeitos da negociação na seara que lhe diz respeito, sob pena de sobreposição indevida da competência da autoridade responsável por assinar o acordo.

Contudo, isso perpassa o objeto do presente estudo. Em verdade, aquilo para o que se deseja chamar a atenção é o acréscimo de dificuldade na negociação de um acordo administrativo quando existem mais de duas partes na relação. Nas palavras de Max H. Bazerman e Margaret A. Neale, “quando se passa de uma negociação entre dois lados para uma negociação entre lados múltiplos, torna-se muito mais difícil chegar a um acordo racional”³³⁹, dado que será preciso considerar os interesses de todas as personalidades envolvidas, as quais “têm percepções diferentes do que vem a ser uma situação justa. Em grupos, há múltiplas percepções de justiça a serem consideradas”³⁴⁰.

De um lado, especificamente nos casos em que a norma autoriza a presença de mais de uma figura pública na construção do acordo, é imprescindível que se desenvolva um senso de cooperação entre as próprias autoridades públicas, que devem agir em coordenação para evitar a inviabilização da negociação e, por consequência, do acordo.

De outro lado, tem-se a figura do terceiro interessado, que não necessariamente simbolizará os interesses de todos aqueles que porventura também tenham seus direitos afetados, dado que, naturalmente, não há hegemonia quanto ao que as pessoas consideram como correto³⁴¹. Ademais, é possível que haja assimetria de informações entre aquilo a que

³³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. *E-book*. 18º parágrafo.

³³⁹ BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. **Negociando Racionalmente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 146.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 148.

³⁴¹ As entidades representativas não precisam veicular o interesse unânime de quem representam. Vide Súmula

o terceiro tem acesso e aquilo que está sendo discutido nos autos, prejudicando o controle ou a influência que deseja exercer. Significa dizer que nem sempre o terceiro terá a visão completa sobre o negociado, em razão do sigilo que se impõe às informações geradas nos autos do processo, o que pode fazê-lo presumir erroneamente acerca de um assunto específico. Cite-se, ainda, a possibilidade de tumulto no andamento do processo, em especial se a negociação envolver temas que “despertam anseios populares e geram capital político”, pois “tendem a incentivar posições antagônicas e agressivas – que podem impedir a solução amigável da controvérsia”³⁴².

Portanto, ainda que a participação de terceiros no processo seja legalmente garantida, é preciso que ela ocorra de modo a não prejudicar a negociação travada entre as partes e impedir o acordo.

2.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO

O presente capítulo trouxe a lume alguns dos desafios que podem ser enfrentados quando se ingressa em uma negociação com a Administração Pública. Fica demonstrado que o fato de estar em uma seara de concertação não implica, necessariamente, uma atuação propensa à negociação: as partes prolongam um contato adversarial que pode influenciar negativamente na negociação; permanecem latentes as ações impositivas; existem assimetrias que podem desincentivar ou até inviabilizar a negociação.

No capítulo anterior foi mencionada uma matriz processual que seja capaz de conferir um tratamento jurídico à necessária negociação que deve anteceder a celebração do acordo administrativo, balizando um modo de agir específico das partes quando insertas em um ambiente que intenta o consenso.

Após perpassar pelos desafios atrelados à essa negociação, o próximo passo será detalhar quais são os critérios e características que fazem parte dessa matriz processual negocial, com vistas a extrair balizas que ainda não estejam contidas em lei e que possam ajudar na superação dos obstáculos ora debatidos. É o que se encontrará no capítulo subsequente.

630 do STF: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”; e Enunciado 127 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

³⁴² MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e negociação: notas fundamentais. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020a. p. 68.

3 SUPERANDO DESAFIOS: SUGESTÕES PARA UMA MATRIZ PROCESSUAL NEGOCIAL

3.1 A PRÁTICA CONSENSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

A partir dos pilares expostos no tópico anterior, indaga-se: é possível extrair uma matriz processual negocial do ordenamento jurídico vigente?

Sabe-se que a prática consensual pública, apesar da autorização para operar em larga escala a partir da inclusão do permissivo no artigo 26 da LINDB pela Lei nº 13.655/2018 –, não é discussão nova no Direito Administrativo. Desde as insurgências doutrinárias contrárias ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, aliadas às discussões sobre a participação dos particulares nas escolhas públicas como meio de fortalecer a democracia – conferindo ao processo administrativo papel crucial nessa participação –, já se delineavam possibilidades de práticas consensuais na seara da Administração Pública. Isso culminou na criação de normativos contendo previsão de instrumentos de concertação – por exemplo, a Lei nº 9.469/1997, que permite ao Advogado-Geral da União firmar acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios (art. 1º); o Código de Defesa do Consumidor (art. 113) e a Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º), que preveem o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC); a Lei Anticorrupção, que prevê o Acordo de Leniência (art. 16 e ss.); a Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que, além dos Acordos de Leniência (art. 86 e ss.), também dispõe sobre outros compromissos na seara concorrencial (art. 85 e ss.); o Decreto-Lei nº 3.365/1941 que informa sobre a desapropriação mediante acordo (art. 10); a Lei nº 9.605/1998, que rege as sanções penais e administrativas por condutas lesivas ao meio ambiente, dispõe sobre assinatura de termo de compromissos para correção de atividades e atendimento de exigências feitas pelas autoridades ambientais (art. 79-A); a Lei nº 13.988/2020 que estabelece condições para transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária; a Lei nº 13.140/2015 que estabelece a mediação como meio de solução de controvérsias; assim como tantos outros normativos que preveem a prática consensual.

Contudo, raros são os normativos que trazem o processamento de tais instrumentos, isto é, que contêm o modo pelo qual a prática consensual (a negociação) se dará para resultar na concretização dessas ferramentas concertadas. As regras de modo estão, em geral, mais

voltadas à construção do próprio instrumento – como a previsão das cláusulas obrigatórias, a competência das autoridades, a fiscalização dos compromissos assumidos – do que propriamente à condução do comportamento das partes durante a construção do objeto. Ademais, quando existem, são previsões que se aplicam especificamente à relação travada sob aquele normativo em questão, sem extrair previsões abstratas que possam ser aplicadas a qualquer atividade consensual desempenhada pelo poder público.

Ainda que seja possível defender, a partir desse sistema de práticas consensuais já positivadas, a extração de regras e princípios que conduzam a um processualismo voltado ao consensualismo ou à negociação, tal ação demandaria um esforço interpretativo e de analogia, dado que, como mencionado, são normativos voltados a reger uma atividade consensual específica, e talvez não se amoldem perfeitamente a uma ideia abstrata de concertação. Sem dizer, ainda, sobre o problema de falta de uniformidade entre os normativos, que podem carregar regras diferentes para situações semelhantes, como já se teve oportunidade de estudar³⁴³.

Essa ampla gama de possibilidades pode culminar em indesejável insegurança. Assim explica Juliana Bonacorsi de Palma: “ao contrário de outros sistemas jurídicos, as leis gerais de processo administrativo não possuem uma previsão genérica sobre o desenho da consensualidade administrativa, que confira relativa uniformidade à prática consensual”³⁴⁴. No cenário pátrio, primeiro foram construídos os desenhos consensuais específicos, à medida que os instrumentos concertados foram sendo forçadamente introduzidos na atividade administrativa, como forma de evitar retrocessos e garantir meios para a utilização de tais mecanismos.

Até as alterações promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, não havia um regramento genérico a respeito da prática consensual que permitisse ao operador do Direito partir de balizas mais abstratas para aplicá-las a uma solução concreta. Conforme explica José Alfredo de Oliveira Barracho, é importante o reforço das garantias processuais com a elevação das funções administrativas. Em suas palavras:

³⁴³ De forma exemplificativa, existem regramentos que estabelecem não haver confissão de ilicitude no caso de celebração de ajuste de conduta, ao passo que outros pressupõem essa culpabilidade. Existem regulamentos que preveem prazo máximo para o término das tratativas, enquanto outros são silentes a respeito. Alguns regulamentos dispõem que a minuta do acordo será redigida pela autoridade pública, ao passo que outros recebem a redação do interessado privado a celebrar o ajuste. Para maiores informações, vide: CARNAES, Mariana. **Compromisso de Ajustamento de Conduta e Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2015.

³⁴⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 72.

As obrigações constitucionais dos poderes públicos levam à necessidade do reforço das garantias procedimentais, como limite da discricionariedade administrativa, para que a Administração realize de maneira correta seus serviços, no atendimento dos interesses gerais. Ocorre sempre a preocupação com o aprofundamento dos controles dos aspectos orgânicos e procedimentais da atividade administrativa.³⁴⁵

Contudo, conforme debatido no capítulo inaugural, a partir dos novos regramentos contidos na LINDB, vislumbrou-se um cenário favorável para a criação de uma sistematização ainda mais aprofundada que seja capaz de balizar o atuar consensual da Administração Pública. A importância dessa matriz processual será ainda mais sentida quando do aumento no uso dos instrumentos concertados, o que demanda um premente acréscimo normativo. Nos ensinamentos de Juarez Freitas:

Retomando: a negociação proba no âmbito do Direito Administrativo não adversarial demanda processualização mínima e motivação suficiente. Bem por isso, a Lei de Processo Administrativo Federal precisa ser adaptada, o mais cedo possível, para contemplar o processo cooperativo e não adversarial. Nesse ponto, recomenda-se o aperfeiçoamento legislativo.³⁴⁶

Por outro lado, o empenho dogmático voltado à construção de um processualismo negocial abrangente e uniforme não tem a intenção de inflar o universo de normas de forma irresponsável ou inútil. Em outros termos, não se pretende expurgar todas as formas de analogia ou interpretação de regras já existentes que possam ser úteis ao delineamento da prática consensual.

Nesse sentido, considerando o recorte metodológico, a presente pesquisa se propõe a analisar, sempre que cabível, as regras de modo consensual aplicáveis ao âmbito regulatório, em conjunto com a LINDB, a Lei nº 9.784/1999 e a Constituição Federal. Para fins de exemplificação de uma conduta específica, podem ser trazidos excertos que fogem à seara regulatória, mas que, por sua importância, servem à análise.

Adicionalmente, propõe-se analisar as leis de processo administrativo alienígenas, com fito de extrair inspirações de modo de tratamento à conduta consensual. Tudo isso para que, ao final, se conclua ser o caso de efetiva construção normativa de uma nova maneira de atuação administrativa.

³⁴⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 207, p. 39-78, jan./mar. 1997. p. 53.

³⁴⁶ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. p. 38.

3.2 A COMPOSIÇÃO DA MATRIZ: DELINEAMENTOS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL NEGOCIAL

Conforme antecipado, o processualismo negocial se submete a uma arquitetura diferente do processualismo comum. Por esse motivo, o processo negocial deve ser embasado em um devido processo próprio, igualmente consensual, com características que lhe são ínsitas. O que difere, então, o devido processo legal negocial do devido processo legal exercido no bojo dos processos administrativos comuns?

Na toada do que aponta Jason Parkin, citando entendimento esposado pela Suprema Corte norte-americana, o princípio do devido processo é flexível e, em sendo assim, ele se amolda para proteger os direitos que a situação concreta demanda. Significa dizer que a exteriorização do que seria o devido processo legal negocial não se reputa inócua: estar-se-á a demonstrar como o princípio se comporta em uma ocasião em que não há – ou não se intenciona que haja – uma adversariedade entre as partes, mas apenas interessados que buscam chegar a um resultado satisfatório comum e eficiente para o caso concreto, ainda que existam interesses contrapostos. Em suas palavras:

A cláusula do Devido Processo é diferente de outros direitos garantidos pela Constituição. Como repetido enfaticamente pela Suprema Corte, “o devido processo é flexível e demanda proteção processual conforme a situação específica exige”. Realmente, a própria natureza do devido processo nega qualquer conceito de procedimentos inflexíveis e universalmente aplicáveis a todas as situações imagináveis. Por isso, as regras do devido processo devem ser adaptadas ao contexto processual que operam, e devem estar suscetíveis à revisão com base na mudança dos fatos e das circunstâncias.³⁴⁷

No mesmo tom, David Duarte explica que “essa multiplicidade de realidades procedimentais aponta para a extrema maleabilidade do procedimento administrativo e para sua inerente virtualidade de moldar-se e configurar-se de acordo com as características específicas de seu objeto”³⁴⁸.

A principal característica do devido processo legal negocial que se pode apontar é que ele se presta a alterar o estado de espírito das partes envolvidas na situação jurídica posta.

³⁴⁷ Tradução livre de: “*The Due Process Clause is different from other rights guaranteed by the Constitution. As the Supreme Court has repeatedly emphasized, ‘due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands’. Indeed, ‘[t]he very nature of due process negates any concept of inflexible procedures universally applicable to every imaginable situation.’ Thus, due process rules must be tailored to the procedural context in which they operate, and they must be open to revision based on changing fact and circumstances*” (PARKIN, Jason. Dialogic Due Process. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 167, p. 1115-1159, 2019. p. 1151).

³⁴⁸ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 99.

O devido processo legal negocial intenta eliminar a hostilidade tão comum aos embates adversariais, propondo uma aproximação das partes e uma caminhada em conjunto em prol do fim que desejam atingir. Assim, para além de regras voltadas à construção material do acordo administrativo em si, o devido processo legal negocial baliza a postura das partes para atingirem, de forma mais eficiente possível, o acordo.

A postura negocial das partes influencia diretamente no resultado do acordo administrativo: quão maior for a propensão das partes à negociação, mais satisfatório e eficiente será o acordo administrativo. Por isso mesmo, conforme entende Roberto Dromi, essas negociações preliminares ao acordo não são indiferentes para o Direito, pois “criam uma vinculação jurídica especial”, com direitos e deveres específicos, que não se confundem com aqueles derivados do acordo³⁴⁹. Assim, é possível que se exijam certas posturas das partes durante a negociação, bem como é possível a exigência de que os direitos e deveres colocados no acordo derivem das negociações pautadas nas condutas que foram previamente balizadas.

Aquele que opta pela via concertada escolhe resolver um fato através de meios pacíficos. Tal opção exige uma postura menos combativa e mais propensa a considerar as proposições da contraparte. Até porque, no contexto consensual (e negocial), as partes são cientes de que deverão flexibilizar suas vontades para atingir uma solução benéfica para ambos os lados. Não significa dizer que inexistirão frustrações de parte a parte, apesar de se entender por um menor desgaste na relação consensual do que na relação adversarial. O que se quer mostrar é que o acordo deve ser passível de abraçar grande parte das intenções dos diferentes polos, trazendo satisfação para ambos e para os fins do acordo. Dessa maneira, não existe situação em que uma parte vence enquanto a outra perde: a negociação busca resultado satisfatório para todos os interessados, em que ambas sairão ganhando, ainda que não integralmente. Na explicação de Michael Watkins:

Muitos chamam de ganha-ganha esse tipo de esquema. Infelizmente, essa expressão sugere que todos conseguem tudo o que querem, o que raramente acontece. É mais provável que todos façam concessões para conseguir aquilo que valorizam mais, abrindo mão de outros fatores menos fundamentais.³⁵⁰

³⁴⁹ Nas palavras do autor: “*Estas negociaciones preliminares no son ya indiferentes para el derecho: crean una "vinculación jurídica especial" que origina derechos y deberes anteriores al contrato, precontractualmente, y no confundibles con los derechos y deberes derivados del contrato*” (DROMI, Roberto. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 308).

³⁵⁰ Nas palavras de Michael Watkins, outro estudioso da Teoria de Harvard. WATKINS, Michael. **Negociação**. Tradução Cristiana de Assis Serra. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 18.

Trata-se, pois, de um cenário completamente diferente daquele encontrado nos embates litigiosos – em que se parte para a lógica do tudo ou nada, que os interessados não estão propensos a uma flexibilização, e o ganho parcial, no mais das vezes, não trará qualquer satisfação à parte que deseja um resultado benéfico integral. Na negociação, o que se perde pode ser contingenciado de antemão, isto é, por ser colocado a sacrifício de forma consciente. De um lado, isso atenua o conflito, dado que aquilo que foi perdido não foi retirado à força, mas sim oferecido pela própria parte; e, de outro, gera uma maior sensação de justiça e satisfação com relação ao resultado obtido. Em lição trazida por Fátima Nancy Andrighi:

As partes em conflito desejam evitar, a todo custo, a incômoda posição de sucumbente. Sob essa ótica, insere-se o cultivo da eliminação definitiva do litígio, na medida em que as formas alternativas de solução de conflitos operam uma reconciliação das partes, porque cada um exercita a virtude da compaixão, que nada mais é do que o respeito aos direitos e à opinião do outro.³⁵¹

Nesse sentido, o devido processo legal negocial tem o dever de conformar a postura das partes a um ambiente flexível, colaborativo e de construção conjunta de resultados que efetivamente possam endereçar os obstáculos que se quer superar através do acordo administrativo. O devido processo legal negocial, então, dá azo a negociação. Conforme ensina Juarez Freitas, ao abordar os meios alternativos de solução de conflitos:

Em semelhante ótica, o estilo administrativo deve ser reprogramado, na senda da inflexão dialogada que enseja negociação público-privado legítima (consentânea com objetivos fundamentais da República), adequada (pertinente na correlação entre meios e fins), necessária (a menos onerosa entre as alternativas válidas) e proporcional *stricto sensu*. O novo estilo requer intencional desviesamento para pensar, sentir e decidir de maneira não adversarial, com a iluminação trazida pelos conhecimentos científicos sobre as raízes do comportamento humano.³⁵²

O devido processo legal negocial confere espaço para que se execute uma negociação proba, eficaz e de acordo com as diretrizes do Direito. Ele requer das partes uma postura que se pautar por critérios objetivos, que busquem resolver um problema a partir de seu âmago e não através de uma luta para provar maior força em não ceder à parte contrária.

³⁵¹ Ainda comenta a jurista que “[...] aprende-se que o processo adversarial sempre separa, enquanto a busca da solução consensual do litígio aproxima e preserva as relações” (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Formas Alternativas de Solução de Conflito. **Revista de Direito Administrativo** v. 251, p. 263-271, 2009. p. 271 e 269).

³⁵² FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. p. 30.

Trata-se, pois, de conferir lastro à negociação, condicionando-a a deveres e garantias atinentes a todos os celebrantes. Na explicação de Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho, o devido processo legal:

Ele materializa, por meio do processo, o canal de interlocução negocial entre as partes pública e privada, prevendo justa procedimentalização ao debate jurídico que antecede a formalização das obrigações e das demais condições do termo do acordo. Além disso, e principalmente, ele condiciona os efeitos da negociação à observância dos direitos e das garantias fundamentais dos compromissários.³⁵³

Nesse sentido, pautando-se na busca de uma solução a partir da análise objetiva dos interesses em jogo, o devido processo legal negocial exige que as partes busquem, ao negociar um acordo, alternativas que sejam eficazes perante a finalidade que se deseja atingir, independentemente da parte que as propôs. Isso requer uma postura imparcial das partes, quanto a com quem se está acordando. Dessa maneira, não é possível antecipar o resultado de uma negociação ou firmar posicionamento intransigente em razão da pessoa com quem se negocia.

Ao dissertar sobre o processo administrativo, Egon Bockmann Moreira afirma que “eventual prejulgamento ou prévia inclinação para determinado resultado contamina a imparcialidade e implica em nulidade da decisão, devido ao impedimento ou suspeição do órgão julgador”.³⁵⁴ Na seara dos acordos administrativos, pode não ser tão simples identificar a mácula à impessoalidade, pois há necessidade de distinguir a mera intransigência da autoridade em razão das relações interpessoais travadas na negociação, a defesa de um entendimento específico, ou, ainda, a crença de que se deve impor os compromissos, cabendo a contraparte apenas aderir a eles. A importância de inserir a negociação em um contexto processual é tornar objetivo o contato entre as partes, conferindo lastro material que permite verificar a correção da conduta da autoridade administrativa frente a todas as informações que circundam o debate do caso concreto. Significa dizer que, a partir da finalidade que se deseja atingir com o acordo, das propostas e contrapropostas colocadas à mesa, e das evidências que elucidam seus impactos no caso concreto, será possível avaliar quão objetiva e quão pertinente está sendo a conduta do agente público na busca pela solução do caso concreto. Conforme Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton:

³⁵³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, Ampla Defesa e Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p.100.

³⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.128.

Quanto mais você aplicar padrões de imparcialidade, eficiência ou mérito científico a seu problema específico, maior será sua probabilidade de produzir uma solução final sensata e justa. [...] Na barganha posicional, os negociadores passam grande parte do tempo defendendo suas posições e atacando as do outro lado. As pessoas que usam critérios objetivos tendem a empregar o tempo mais eficientemente, falando sobre padrões e soluções possíveis.³⁵⁵

Considerando que a negociação “permite que as partes classifiquem suas preocupações e façam concessões para maximizar seus respectivos interesses”³⁵⁶, é possível que o contato inicial seja voltado à realização de um inventário daquilo que representa um interesse mútuo. A partir daí, é preciso discriminar quais são os interesses contrapostos (em que um anula o outro, no estilo: “é possível vs. não é possível”), e quais são os interesses diferentes (em que um não conversa com o outro, no estilo: “é possível da forma X vs. “é possível da forma Y”). No entendimento de David Duarte, a identificação dos fatos e determinação dos interesses acaba por conferir objetivização ao debate e à ponderação³⁵⁷.

A prévia discriminação dos interesses de cada parte, assim como o grau de relevância de cada um deles, confere oportunidade para que os interessados tenham uma ampla visão do cenário no qual deverão atuar em conjunto. Esse proceder permite que as partes enderecem todas as suas preocupações, ainda que periféricas, em oposição aos contatos adversariais em que se prefere focar nos quesitos considerados mais relevantes. No mesmo sentido, também evita que as partes se posicionem de maneira propositalmente extremada para chegar artificialmente no meio-termo, na intenção de aparentarem flexíveis na negociação. Isso porque, no papel estará toda a extensão do desafio que deve ser superado, facilitando a busca pelas soluções mais adequadas, evitando que esforços inúteis sejam vertidos na negociação de pontos que não são relevantes. Elucida Philip Harter:

Sem dúvida, o principal benefício das negociações é permitir que os participantes se concentrem diretamente em seus respectivos interesses. Eles não precisam defender posições extremadas perante o tomador de decisão. Portanto, as partes podem desenvolver uma percepção das verdadeiras questões que estão dentro dos polos defendidos, e tentar acomodar totalmente os interesses conflitantes.³⁵⁸

³⁵⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 101.

³⁵⁶ HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982, p.29.

³⁵⁷ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 456.

³⁵⁸ No original: “*Undoubtedly the prime benefit of direct negotiations is that it enables the participants to focus squarely on their respective interests. They need not advocate and maintain extreme positions before a decisionmaker. Therefore, the parties can develop a feel for the true issues that lie within the advocated extremes and attempt to accommodate fully the competing interests*” (HARTER, op. cit., p. 29).

A apresentação dos limites e capacidades ao elencar os interesses envolvidos, não é fazer perder um suposto poder de barganha detido por cada uma das partes. Na verdade, fomenta o fluxo de informações que deve ocorrer entre elas, na intenção de se chegar a uma solução correta, pois “a oportunidade de apresentar o caso e de compreender o oponente ajuda a se atingir um acordo”³⁵⁹. Assim, quão maior for a compreensão de uma parte sobre a outra, maiores serão as chances de se chegar a um consenso. Considerando que a colaboração deve ser a tônica do contato entre os interessados, a exposição das informações faz com que ambos lancem mão de instrumentos para superar eventuais obstáculos identificados. A partir da identificação dos interesses, é preciso calibrar as expectativas de cada parte: expor que a prática pode ser igual ou diferente da teoria. Por exemplo, se uma parte propõe uma obrigação de investimento em uma determinada localidade a um determinado custo médio do mercado, a outra parte pode provar que, na prática, para o local desejado, será preciso investir o dobro do previsto.

A dinâmica de calibração das pretensões da contraparte foi denominada por Jason Parkin de *due dialogic process*, ou “devido processo dialógico” – em que se tenta convencer que “os custos e os benefícios podem não ser tão claros como a Administração Pública sugere”³⁶⁰. Imprescindível, sempre que possível, trazer a lume evidências capazes de fortalecer os argumentos postos e os que venham a contrapor uma proposta inicialmente feita.

No exemplo acima, é preciso que se comprove ser o montante o valor médio de mercado, e que se evidencie não ser possível seguir essa lógica. O devido processo legal negocial exige, pois, a prova da pertinência da proposta. A fundamentação em evidências, sejam elas mais ou menos complexas³⁶¹, confere legitimidade e objetividade às propostas e, assim, maior confiança à contraparte para aceitá-las. No mesmo sentido, confere maior

³⁵⁹ No original: “*The goal of mediation is to facilitate the parties' ability to comprehend the interests of both sides, instead of concentrating solely on defending one position. The opportunity to present one's case and to understand one's opponent helps bring about compromise*” (BAUM, Christopher. The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Common Interest Development Disputes. **John's Law Review**, v. 84, n. 3, 2010. p. 936).

³⁶⁰ O autor disserta sobre o devido processo dialógico no âmbito do judiciário como tentativa de convencimento do juiz sobre a discrepância entre aquilo apresentado pela Administração Pública e a realidade. Contudo, tal entendimento se aplica integralmente ao caso em tela, de forma a fazer o agente público compreender que sua proposta partiu de premissa não condizente com a realidade. No original: “*This dialogic approach does not guarantee that plaintiffs' due process claims will succeed. But it can help plaintiffs convince judges that the costs and benefits may not be as clear cut as the government suggests [...]*” [Tradução livre: “Esta abordagem dialógica não garante que as reivindicações de devido processo dos demandantes terão sucesso. Mas pode ajudar os reclamantes a convencer os juízes de que os custos e benefícios podem não ser tão claros como o governo sugere”] (PARKIN, Jason. Dialogic Due Process. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 167, p. 1115-1159, 2019. p. 1554).

³⁶¹ Como a elaboração de cálculos técnicos, pareceres, perícias etc.

justiça àquilo que foi acordado, uma vez que as partes vão se pautar em evidências, capazes de evitar a sensação de conclusão de um acordo maléfico a qualquer dos lados.

Na mesma toada de discriminar os pontos a serem debatidos, é preciso que sejam considerados, igualmente, os interesses daqueles que eventualmente serão atingidos pelo objeto do acordo. A demanda – ou eventual déficit – da comunidade destinatária do objeto do acordo ajudará a pautar o delineamento das obrigações das partes, podendo servir, inclusive, como ponto de partida da negociação (no estilo: “como atingir o resultado W?”). Para tanto, faz-se necessário conceder voz aos interesses dos destinatários, que podem vir a conhecimento antes (através de uma política pública já formatada) ou durante (via consulta pública, por exemplo) a negociação.

Na sequência, o devido processo legal negocial exige que haja ponderação entre as sugestões conferidas durante a negociação, para a solução do problema. O enfoque da ponderação em si terá tratamento mais adiante. Importa dizer, neste momento, que para ponderar é preciso ouvir a parte contrária e entender suas capacidades e limites. Dessa forma, o devido processo legal negocial exige, de um lado, a escuta ativa³⁶²; de outro, a compreensão do posicionamento contrário, o que não significa concordar com ele³⁶³.

Partindo do pressuposto de que “o acordo se torna mais fácil quando ambas as partes se sentem donas das ideias”³⁶⁴, tanto a escuta ativa como a empatia certamente contribuem para diminuir a litigiosidade e desconfiança entre as partes. Isso ocorre porque se demonstra existir atenção voltada às necessidades da contraparte e, também, porque tais necessidades são incluídas na criação da solução. Deve-se buscar, pois, atribuir legitimidade às opiniões do outro, sem necessariamente achar que sejam partidárias ou que tragam benefícios unilaterais. Ainda na lição de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton:

Compreender o ponto de vista deles não equivale a concordar com ele. É verdade que uma melhor compreensão do pensamento de outrem pode levar a uma revisão das próprias opiniões sobre os méritos de uma situação. Mas esse não é o ônus de

³⁶² “Escutar ativamente, não é só ouvir, mas também demonstrar ao outro que estamos interessados em entender o que diz” (ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012. p. 40).

³⁶³ “Note bem: compreender a percepção do outro não equivale a concordar com ele, e ainda que o resultado desse conhecimento mexa com suas convicções sobre os méritos da situação, não veja isso como um ônus, mas sim como um bônus. A capacidade de conseguir enxergar os fatos como o outro lado os vê é uma das mais preciosas habilidades de um negociador eficaz. Com ela é possível “desenhar” as propostas de forma aceitável, pois esse “desenho” partirá da apreensão de quais sejam os elementos de convencimento do outro negociador” (SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de negociação para advogados**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22).

³⁶⁴ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: A negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 46.

compreender o ponto de vista de outrem, e sim o benefício. Ele lhe permite reduzir a área de conflito e também contribui para que você promova seus próprios interesses recém-esclarecidos.³⁶⁵

Isso permite delinear de forma mais precisa os compromissos assumidos no acordo, mediante aquilo que as partes entendem como correto e conseguem viabilizar concretamente. A partir desse equilíbrio entre aquilo que se deseja com o acordo e aquilo que é viável concretizar, extrai-se elementos objetivos do que é justo exigir no caso concreto.

A escuta ativa e a compreensão são convites à criatividade, outro fator também desejado pelo devido processo legal negocial, sem descuidar, é claro, da proteção à juridicidade. Conforme se verá mais detalhadamente adiante, o devido processo legal negocial foge à regra dos modelos pré-formatados, de mera subsunção de uma consequência preestabelecida a um fato conhecido. Ao contrário de uma relação processual comum, aqui não devem existir recursos mecanizados, pré-fabricados, prontos para ser colocados em prática quando chegado o momento para tanto. No limite, aceitam-se modelos apenas para fatores dos quais não se pode abrir mão, inegociáveis, para acordos tipicamente fechados. Mas o resultado eficiente querido pelo devido processo legal negocial será delineado caso a caso, a depender das limitações das partes acordantes. Assim, um mesmo arranjo talvez não seja aplicável de maneira uniforme em diferentes setores, dado que uma autoridade pública pode ter mais ou menos flexibilidade do que outra para negociar.

Não é dizer que inexistente a aplicação de precedentes na negociação de um acordo administrativo. Ao contrário, os precedentes conferem força aos argumentos, pois evidenciam uma solução anterior que foi benéfica no caso concreto. Desse modo, caso exista uma situação concreta semelhante, na qual as partes tenham condições de oferecer propostas similares àquelas que foram ofertadas no passado – e que deram certo –, razão não existe para afastá-las. O que se quer evitar é um prejulgamento daquilo que nem foi colocado em debate, levantando barreiras à novas percepções.

De toda sorte, é preciso que as partes estejam dispostas a considerar saídas diferentes daquelas que haviam preconcebido antes do início das negociações. Não se deve pautar a negociação pela busca de uma solução única, pois isso restringe demais o espaço de novas ideias. É preciso conferir espaço à experimentação, jamais descuidando do respeito aos normativos e princípios jurídicos. Aliás, os próprios princípios jurídicos não impõem uma

³⁶⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões.** Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 43.

única decisão correta e justa. Ao contrário, “eles admitem convivência e conciliação com outros princípios eventualmente concorrentes, que ofereçam razão para soluções em sentido contrário, tudo num complexo jogo concertado de complementação e restrição recíprocas e num processo dialético [...]”³⁶⁶.

Assim, não deve haver apenas uma resposta correta, uma única chave capaz de destrancar a porta para a solução do problema, mas sim a busca por inúmeras saídas dentre as quais se optará por aquela que maior benefício trouxer às partes e ao caso concreto. Aliás, o caminho ao encontro da solução que enderece os interesses das partes (em uma relação ganha-ganha) e, ainda, confira resposta eficiente ao problema pode significar que da escuta ativa se extraia ajuda que uma parte ofereça à outra para ultrapassar seus itens limitantes que não permitam alcançar um resultado satisfatório.

No acordo, o problema de uma parte passa a ser problema de ambas as partes: considerando que a negociação deve adotar caráter objetivo, voltado à solução do problema, afasta-se a lógica de um *versus* o outro para que se implemente a lógica do trabalho em conjunto, da superação conjunta dos desafios, em uma relação de colaboração e de confiança entre as partes. Se acordos são instrumentos em que as partes celebrantes desejam um fim em comum, não seria estranho auxiliar a contraparte na superação de seu problema para o atingimento do resultado pretendido. Uma boa negociação requer, no resumo de Juarez Freitas:

(a) A maturidade para desenhar alternativas não adversariais, polinizadoras da confiança legítima; (b) impessoalidade e autocontrole em face dos estímulos aversivos; (c) desviosamento e troca consciente de automatismos mentais; (d) capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; (e) aptidão para construir saídas honrosas e (f) vocação para as performances integradas, a despeito de cizânias competenciais que inibem a articulação sistêmica.³⁶⁷

Tudo isso requer o já mencionado fluxo contínuo de comunicação e troca de ideias entre os negociantes que não obedece a formalidade de um processo administrativo comum, dado que “as negociações nem sempre seguem uma trajetória previsível ou linear”³⁶⁸. Dessa forma, a dinâmica negocial não se coaduna com a limitação dos momentos que as partes têm para se manifestar dentro do processo administrativo comum, antes da decisão final. No devido processo legal no âmbito consensual, quanto maiores forem as oportunidades para as

³⁶⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Arbitragem, Mediação e Negociação: a constitucionalidade da lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 11-26, jan./mar., 2000. p. 21.

³⁶⁷ FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. p. 38.

³⁶⁸ WATKINS, Michael. **Negociação**. Tradução Cristiana de Assis Serra. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 57.

partes se manifestarem, maiores serão as chances de delinearem um bom resultado a partir das informações trocadas.

Contudo, não se pretende sugerir a inexistência de um rito específico para que as partes se manifestem. A ausência de um itinerário negocial pode incorrer em completa desordem, dificultando o resultado que se deseja atingir. É plausível, pois, estipular particularidades ao um rito processual específico à negociação, com marcos que conduzam as partes a uma troca de informações organizada que podem ser estabelecidos de antemão, com espaço à livre convenção das partes.

Dessa maneira, é possível que se estabeleçam rodadas de reuniões periódicas, com pautas preconcebidas, a fim de conferir mais eficiência ao contato entre as partes. Em um primeiro momento, pode ser estabelecido um contato para definição do objetivo que se deseja atingir, identificando os problemas a serem superados. Em seguida, uma nova aproximação para apresentação de soluções que cada parte entendeu pertinentes para transpor os desafios identificados. Além daquilo que de pronto se convencionou estabelecer em razão dos interesses mútuos, parte-se para a negociação das ideias que se contrapõem³⁶⁹. Deve-se permitir, então, que cada parte entre em contato com a outra, ou demande a outra para mais informações, presencialmente ou à distância. Ademais, podem ser estipuladas regras diversas, que abarcam desde o tempo de fala de cada parte até a convivência para uma boa relação.

Por fim, com intuito de aumentar a confiança entre as partes, é possível instituir que as informações trocadas entre as partes não deverão ser publicadas naquilo que concerne o sigilo empresarial, e, além disso, não serão utilizadas para investigação ou não importarão em confissão³⁷⁰.

Em análise dos normativos voltados à atividade regulatória – especificadamente, a lei das agências reguladoras, as leis que instituem cada uma das agências reguladoras federais e seus decretos regulamentares correlatos, assim como o regimento interno de cada

³⁶⁹ A busca inicial por interesses mútuos tem o condão de eliminar as primeiras resistências entre as partes e criar um ambiente de confiança entre elas, para, a partir daí, seguir-se o debate sobre aquilo com que não se concorda: “Se as partes tiverem algum interesse comum, mesmo que ele nada tenha a ver com o objetivo imediato da negociação, essa comunhão pode vir a ser um importante facilitador da negociação, à medida que auxilia na construção da confiança recíproca e na remoção das barreiras previamente levantadas. Para diminuir eventuais resistências iniciais do processo, vale a pena começar a falar sobre ‘o que nos une’ para depois entrar na discussão sobre ‘o que nos separa’.” (BURBRIDGE, R. Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão da Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 90).

³⁷⁰ No âmbito dos TACs regulatórios, com exceção da Antaq, todos os demais regulamentos preveem que a proposta de ajustamento, assim como sua celebração, não importa em confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento da ilicitude da conduta.

uma dessas autarquias especiais –, notou-se haver previsão genérica sobre a possibilidade de cada uma dessas entidades celebrar acordos³⁷¹, mas, em nenhum caso, foi instituído um rito negocial para tanto.

Ao aprofundar a busca por um rito negocial nos normativos expedidos por cada uma das agências reguladoras federais, notou-se, igualmente, a ausência de um método de negociação uniforme, a ser utilizado em qualquer circunstância, apesar de a própria qualidade de negociação (sobre o *skill* de negociar) ser vislumbrada em normativos que dispõem sobre a capacitação dos agentes reguladores³⁷². Os normativos que mais se aproximaram de estabelecer o que se pode chamar de rito negocial foram aqueles que preveem a celebração do acordo substitutivo denominado de termo de ajustamento de conduta, apesar de nem todas as Agências Reguladoras possuírem esse estatuto normatizado³⁷³. Por esse motivo, tais regulamentos serão os mais largamente citados para analisar o atual cenário negocial. No caso da Anatel, é possível citar também a Portaria nº 739/2019, que aprova norma sobre propositura, celebração e acompanhamento de instrumentos de cooperação dentro da agência, que traz ritos e regras que podem ser considerados essencialmente negociais³⁷⁴.

³⁷¹ **Aneel:** inciso V do art. 10 do Decreto nº 2.355/1997 e art. 16 da Portaria MME nº 349/1997. **Antaq:** inciso IV do art. 89 da Lei nº 10.233/2011; inciso IV do art. 23 do Decreto nº 4.122/2002; inciso XII do art. 19 e incisos V e XV do art. 20 da Resolução nº 3.585/2014. **ANTT:** inciso IV do art. 89 da Lei nº 10.233/2011 e inciso IV do art. 4º do Decreto nº 4.130/2002. **Anatel:** inciso I do art. 46 do Decreto nº 2.338/1997; inciso II do art. 136 e inciso V do art. 202 da Resolução nº 612/2013; **ANP:** inciso IV do art. 9º do Decreto nº 2.455/1998; inciso II do art. 84 da Portaria nº 265/2020. **Anvisa:** inciso IX do art. 13 do Decreto nº 3.029/1999; inciso IX do art. 47 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 255/2018. **ANS:** inciso VIII do art. 11 da Lei nº 9.961/2000; inciso VII do art. 11 do Decreto nº 3.327/2000; inciso XIII do art. 9º e inciso XIII do art. 11 da Resolução Regimental nº 01/2017. **ANA:** inciso IX do art. 7º e inciso X do art. 11 do Decreto nº 3.692/2000; inciso XXVIII do art. 7º e inciso VIII do art. 56 da Resolução nº 76/2019. **Anac:** incisos V, VI e VII do art. 8º da Lei nº 11.182/2005; incisos V e VI do art. 4º do Decreto nº 5.731/2006; incisos VIII do art. 20, inciso V do art. 22, inciso IV do art. 25, inciso XXI do art. 32, inciso VI do art. 34 da Resolução nº 381/2016, alterada pela Resolução nº 590/2020. **Ancine:** inciso XI do art. 9º e inciso IX do art. 10 da Medida Provisória nº 2.288-1/2001; inciso XIII do art. 6º e inciso XI do art. 13 do Decreto nº 8.283/2014; inciso XII e XIII do art. 6º, incisos XI e XII do art. 17 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 59 e 60. **ANM:** inciso IV do art. 13 e inciso V do art. 26 da Resolução nº 2/2018.

³⁷² A Aneel dispõe de Portaria nº 6.285/2020 que aprova o Programa de Formação em Liderança no âmbito do Programa de Desenvolvimento Gerencial da Aneel estabelecer que se espera, dos profissionais que assumem postos de liderança, competências negociais para o desempenho de suas funções. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/prt20206285.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021. A Anatel dispôs sobre o desenvolvimento de técnicas negociais a serem desenvolvidas pelos seus agentes na Portaria nº 1.063/2020.

³⁷³ Até o fechamento desta pesquisa, a Aneel, a Anvisa, a ANM e a ANP não possuem regulamentos que disponham sobre o TAC (apesar de a ANP já ter promovido Consulta Pública com vistas a construir uma resolução que aborde o tema.). Por sua vez, a ANA possui a Resolução nº 1.973/2017, que dispõe sobre o TAC, mas nos moldes como o faz a CGU, apenas em casos de infração disciplinar de seus próprios agentes.

³⁷⁴ Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/index.php/component/content/article?id=1434>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Nesta altura, faz-se um breve apartado: sobre o tema, interessante pontuar que a Controladoria-Geral da União expediu instruções normativas aplicáveis a todos os órgãos do Poder Executivo Federal pertencentes à Administração Pública, direta ou indireta, a respeito das melhores práticas ao firmar um termo de ajustamento de conduta que envolva infrações disciplinares de menor potencial ofensivo – ou seja, TACs cujo objeto seja o ajuste de conduta dos próprios agentes públicos. A mais recente instrução normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, prevê, no parágrafo primeiro do artigo 1º, que o TAC “consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos”, contudo, não se identifica qualquer via negocial ao longo do documento.

É bastante curioso observar que em um normativo uniforme, aplicável de forma extensiva à Administração Pública, não existe nenhuma menção que faça interpretar existir trocas entre as partes envolvidas, mesmo afirmando ser o TAC um instrumento consensual. Isso denota o espírito no qual esses instrumentos são absorvidos pelo normativo jurídico pátrio, independentemente da temática de que estejam envoltos: quer-se acreditar serem acordos, mas não se quer abrir mão do exercício impositivo. Em resumo: não basta a menção de ser um instrumento consensual. O ritual deve demonstrar isso.

A importância de estabelecer um rito negocial é dar lastro ao contato entre as partes e às intenções das propostas oferecidas. Ao processualizar a negociação, confere-se transparência (ressalvados os pontos que exigem sigilo) e, com ela, a possibilidade de controlar a legalidade e a legitimidade daquilo que se convencionou. O lastro das negociações permite avaliar a congruência entre o que foi discutido e o resultado final, que é o acordo. Confere às partes segurança de que apenas será concretizado aquilo que foi ponderado, motivado e livremente aquiescido. Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma:

O processo administrativo não apenas racionaliza, mas contribui significativamente para conferir transparência à tomada de decisão administrativa. O controle viabilizado pela publicidade dos atos de negociação configura um efetivo incentivo negativo a celebração de um acordo dissociado das finalidades públicas. Desse modo, o processo constitui a arena do consenso, o que determina um controle eminentemente processual dos acordos administrativos³⁷⁵.

Acordar leva tempo, exige preparação e boa vontade dos interessados. No entanto, como vem sendo reforçado, do acordo podem-se extrair resultados mais eficientes com relação ao objetivo que se pretende atingir e mais satisfatórios para as partes interessadas;

³⁷⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 108.

além, é claro, de ser um instrumento de concretização da democracia participativa. Trata-se, então, de um ônus que vale a pena ser suportado.

3.2.1 *O tempo da negociação*

É possível que seja levantada preocupação acerca do limite da negociação. Até quando as partes devem promover a troca de informações antes de se decidir pelo sucesso ou pelo insucesso do acordo?

Em memória, a intenção não é desgastar a relação entre as partes e tampouco minar a boa intenção delas, impondo supérfluos empecilhos ou fazendo proposições inócuas. Estando as partes imbuídas do dever de colaboração, estas certamente buscarão um célere desfecho, dado que benéfico para ambas. Contudo, a fim de evitar eventuais rodadas protelatórias ou, ainda, a fim de extrair a máxima eficiência de cada uma das partes, é possível que se estabeleça um lapso temporal específico para a ocorrência das negociações.

Existem vozes que entendem ser arbitrário estipular um prazo máximo geral diante da heterogeneidade das atividades administrativas, cuja complexidade varia radicalmente³⁷⁶. Não se pode concordar com tal afirmação. É de se reconhecer que cada situação específica demanda um maior ou menor tempo gasto com a negociação, com variantes que vão desde a complexidade do tema até a própria capacidade organizativa das partes acordantes. Entretanto, o prazo estipulado para a concreção do acordo deve ser extenso o suficiente para abarcar uma ponderação detida sobre o tema – além de possíveis contratempos – sem que faça o acordo perder sua efetividade. Ademais, não há óbice para que se estabeleça a prorrogação do prazo, caso haja situação justificadora para tanto.

No âmbito das Agências Reguladoras, não se nota um prazo máximo para encerramento da atividade consensual. No caso da Anatel, a Portaria nº 739/2019 dispõe no parágrafo primeiro do artigo 9º que a solicitação de celebração de um instrumento de cooperação deve ser enviada com antecedência mínima de dois meses da data prevista para a assinatura do respectivo instrumento³⁷⁷. Assim em oposição a estabelecer um prazo

³⁷⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. El Procedimiento Administrativo en España: situación actual y perspectivas de cambio. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Derecho Global, 2008. p. 419-473. p. 466-467.

³⁷⁷ Art. 9º A solicitação de celebração de novo instrumento de cooperação, bem como de termos aditivos a instrumento vigente, deve ser formalizada junto à ARI, mediante envio de documento contendo a proposta de cooperação ou de termo aditivo, devidamente assinada pelo titular da unidade interessada.

§ 1º O envio a que se refere o **caput** deve ser realizado com antecedência mínima de 2 (dois) meses da data prevista para a assinatura do respectivo instrumento de cooperação ou do termo aditivo, à exceção de situações

máximo para o iter que culmina na celebração do acordo, estabelece um mínimo de dois meses para se chegar ao fechamento do acordo. No caso dos regulamentos que regem a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, os prazos estipulados são relativos aos términos das fases específicas: então existe, por exemplo, um prazo máximo para que a autoridade exerça juízo de admissibilidade do pedido de TAC³⁷⁸ ou prazo para assinar o instrumento após a celebração da minuta³⁷⁹, não havendo, assim um prazo máximo para finalizar todo o processo. O regulamento da Anatel se mostra o mais detalhado, optando por fatiar os prazos de acordo com o momento do ajuste: 30 dias para fazer juízo de admissibilidade do pedido (art. 7º); 120 dias para finalizar análise técnica, prorrogável uma vez por igual período, (art. 9º § 1º); 60 dias para emissão do parecer jurídico (art. 9º § 2º) e 30 dias para assinatura do TAC após sua publicação (art. 11 § 1º).

À parte do cenário regulatório, é possível citar regulamentos pátrios que estipulam prazo máximo para a celebração do ajuste, com variações de tempo bastante relevantes. Exemplificadamente, o Decreto nº 8.420/2015, que versa sobre os acordos de leniência no Cade, e a Instrução nº 607/2019, que versa sobre os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) e Acordos de Supervisão em âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), estipulam prazos máximos para a finalização das tratativas. No primeiro caso (art. 9º), 180 dias, prorrogáveis a critério da Controladoria Geral da União (CGU); no segundo caso (art. 10), 120 dias, prorrogáveis por mais 90 dias caso o Comitê do Termo de Compromisso entenda necessário. Ainda no âmbito da CVM, o prazo máximo para firmar os acordos de supervisão (art. 96 § 5º) será aquele estipulado pelo Comitê de Acordo de Supervisão (CAS).

Entende-se correto deixar a cargo dos regulamentos setoriais a estipulação do prazo, dado que, como mencionado, a celebração do ajuste dependerá de variáveis as quais, por vezes, somente a entidade especializada saberá sopesar. Apesar disso, não se enxerga óbice para que a lei confira, de forma ostensiva, liberdade para que as demais entidades administrativas possam estabelecer um prazo máximo para a finalização das negociações ou do ajuste como um todo.

Porém, reputa-se importante compreender que o prazo imposto para encerramento das negociações não se trata de prazo impróprio, cujo descumprimento desmotivado não

devidamente justificadas pela unidade interessada.

³⁷⁸ Antaq: art. 84 § 2º da Resolução n.º 3.259/2014; ANTT: art. 5º da Resolução n.º 5.823/2018; Ancine: art. 8º § 2º da Instrução Normativa n.º 118/2015.

³⁷⁹ Anac: art. 7º da Resolução n.º 199/2011; ANS: art. 9º § 1º da Resolução Normativa n.º 372/2015; ANTT: art. 9º § 1º da Resolução n.º 5.823/2018.

acarreta maiores consequências às partes. O que se pretende é dar integral cumprimento ao princípio da celeridade, e por isso as partes devem ser compelidas a conferir eficiência às rodadas de negociação³⁸⁰. Assim, é possível estabelecer que o desrespeito ao prazo pode acarretar consequências. O citado normativo da CVM dispõe que, para o particular, a extrapolação do prazo faz perder a validade do acordo. De outra monta, pode-se vislumbrar também a ocorrência de anuência tácita das condições propostas pela contraparte, como um silêncio positivo.

Isso significa que não se pode sustentar que as eventuais consequências não possam ser carreadas à Administração Pública, principalmente em um contexto de paridade que se deseja implementar. Trata-se do mesmo racional aplicado às regras de prescrição ou decadência, as quais punem o agente moroso que não teve a cautela de dar tratamento ao caso dentro do período estipulado para tanto, e tampouco de fundamentar a necessidade de prorrogação desse período.

No caso específico da anuência tácita, a Lei nº 13.874/2019, que instituiu direitos de liberdade econômica, dispõe expressamente, no inciso IX do artigo 3º, que é direito da pessoa natural ou jurídica ser cientificada do prazo máximo para análise de suas solicitações feitas no âmbito da lei, sendo que “o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei”. Nada impede que sirva de inspiração para o debate ora em tela, com base, inclusive, em regramentos processuais alienígenas que carregam regras no exato mesmo sentido.

A lei de procedimento administrativo alemã (*VwVfG*) dispõe, em seu § 42, sobre a autorização ficcionada, aquela em que se considera deferido o pedido depois de decorrido o prazo previsto para sua decisão, desde que a lei assim o determine. Na mesma linha, o normativo processual português (Decreto-Lei nº 4/2015) dispõe a mesma regra, em seu artigo 130º, conferindo valor de deferimento ao silêncio administrativo quando a lei ou o regulamento assim dispuserem, e quando não houver manifestação do ente público após o prazo estipulado para tanto. O silêncio administrativo positivo também foi normatizado pela lei espanhola (Lei nº 39/2015), que os aborda em seus artigos 43, 44, 48, 102 e 115.

Evidente que não se pode descuidar da legalidade e nem do interesse público. Assim, além da necessidade da previsão ostensiva sobre o efeito positivo do silêncio, não se pode anuir tacitamente com alguma sugestão ilegal ou que porventura fira a finalidade que se deseja extrair do acordo, por exemplo. Dessa forma, a Administração Pública anuirá

³⁸⁰ Por outro lado, o prazo deve ser longo e elástico o suficiente para garantir uma boa negociação.

tacitamente naquilo que já havia se disponibilizado a flexibilizar cuja proposição não seja ótima do ponto de vista da Administração, mas que, ao mesmo tempo, não seja prejudicial à solução do caso concreto.

Ademais, independentemente da consequência que se escolha em razão do desrespeito ao prazo, não se pode olvidar que se trata de um instrumento consensual e que, se for da vontade da contraparte a manutenção das tratativas, esta poderá fazer declaração expressa nesse sentido. A desídia de uma parte não pode prejudicar a outra que ainda tem a intenção de refinar as obrigações, negociando-as. Assim, o recorte das consequências pelo desrespeito ao prazo máximo deve observar a falta de fundamentos para que tal tenha ocorrido (desrespeito imotivado, desidioso), a falta de interesse da contraparte em seguir negociando, o cumprimento da lei e o cumprimento da finalidade pretendida pelo acordo.

3.3 DEMAIS CARACTERÍSTICAS QUE COMPÕEM A MATRIZ PROCESSUAL NEGOCIAL

3.3.1 *O dever de colaboração*

Conforme vem sendo reiterado no presente trabalho, a atuação colaborativa entre as partes acordantes é a base para que se construa uma verdadeira prática consensual. Ainda que possam existir pretensões contrapostas, em uma negociação que intenta a convergência para um fim comum, é preciso que as partes se coloquem em plena sinergia para que possam, de maneira legítima e eficaz, atingir o objetivo que satisfaça os seus interesses e a finalidade do acordo. Na explicação de Marçal Justen Filho:

E aparece estruturalmente na relação jurídica Estado-Sociedade, o princípio da colaboração, como elemento estruturador dos relacionamentos público-privados e definidor dos novos arranjos de interesse público. Esse é o espaço da Administração Pública relacional. Esse é o espaço do consensualismo no Direito Administrativo.³⁸¹

Nesse ponto, é importante delimitar que a colaboração de que se fala é aquela entendida em sentido amplo, como o auxílio, a cooperação ou a parceria firmada entre as partes do acordo com o fito de alcançar o fim desejado. Portanto, não se almeja diferenciar, como já o fez a doutrina, os conceitos e características atinentes, especificamente, aos termos

³⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 87.

“colaboração”, “cooperação” ou “coordenação”, por exemplo³⁸². Ademais, está-se a falar especialmente da sinergia existente entre as partes celebrantes do acordo, mas que pode perpassar a colaboração que porventura venha a acontecer da participação de outras entidades públicas antes da assinatura do acordo administrativo.

Nada obstante ser a colaboração a pedra fundamental da consensualidade, não se verifica a existência de muitas regras que preveem essa postura comportamental. Na verdade, a noção de colaboração expressa no ordenamento jurídico aparece raramente, e encontra-se essencialmente atrelada à noção de um dever que o particular tem perante a Administração Pública. Assim, por exemplo, é dever o particular prestar informações e colaborar com o esclarecimento dos fatos (art. 4º, IV, da Lei nº 9.784/99). Mesmo nos moldes da regulação responsiva a ser implementada no âmbito das Agências Reguladoras, como será demonstrado mais adiante, a régua determinante para a escalada da pirâmide é, exatamente, a colaboração da parte privada.

Da leitura dos normativos processuais ou dos normativos voltados a reger as relações consensuais na seara pública, a percepção que se extrai é a de que a colaboração é uma postura exigida da parte privada, mas nem sempre carregada para a Administração Pública. É dizer que a intenção colaborativa parece imposta unilateralmente ao particular, mas não aparenta exigível da parte pública. Na Constituição Federal, apesar da solidariedade ser um objetivo fundamental da República, as poucas previsões que trazem de forma explícita a colaboração do Poder Público com o particular não possuem um caráter geral, mas são voltadas à implementação de políticas públicas específicas, de cultura ou proteção ao patrimônio cultural (art. 216, § 1º, e art. 216-A), de ensino (art. 205) e de projetos de pesquisa, desenvolvimento científico, tecnológico ou de inovação (art. 219-A e 219-B)³⁸³.

³⁸² Alexandra Leitão, ao dissertar sobre os contratos interorgânicos, diferencia os conceitos de cooperação, colaboração e coordenação: “Quanto a mim, a cooperação e a colaboração são conceitos muito próximos, quase sinônimos, enquanto a coordenação se distingue claramente dos anteriores por traduzir numa relação não igualitária e não voluntária, que se caracteriza exatamente pela concessão à entidade coordenante de capacidade directiva e decisória, traduzindo-se num limite ao exercício das competências das entidades coordenadas. [...] A colaboração é uma relação que se estabelece entre duas entidades que actuam conjuntamente para a resolução de um problema ou para a realização de um investimento que recai no âmbito das atribuições ou competências de uma delas. Por sua vez, a cooperação é uma relação que pressupõe a actuação conjunta de duas entidades para a resolução de um problema ou para a realização de um investimento que releva das atribuições ou competências de ambas. Assim, na colaboração visar-se-ia contribuir para o êxito de uma competência alheia e na cooperação o objetivo é a produção de um resultado comum, equivalendo esta definição ao conceito de cooperação em sentido estrito” (LEITÃO, Alexandra. **Contratos Interadministrativos**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 85-86).

³⁸³ No que toca à saúde, apesar de a Constituição Federal trazer previsão de que ela é livre à iniciativa privada, e de que as instituições privadas poderão firmar convênio para participar de forma complementar ao SUS, não há explicitamente previsão sobre algum dever de colaboração de qualquer parte.

A impressão de existir uma predominância do dever unilateral de colaboração não é gratuita. Na verdade, ela decorre da lógica sobre a qual as relações público-privadas foram construídas: (I) denota a falta de confiança entre as partes, pressupondo que a colaboração privada não ocorreria de maneira voluntária (mesmo em casos nos quais a colaboração é a própria razão de existência do instrumento a ser firmado); (II) pressupõe uma relação de antagonismo, sendo o dever de colaborar um remédio para a prevenção da busca exclusiva do interesse privado, evitando que o particular apresente fatos e informações que apenas o beneficiem individualmente; (III) representa a dinâmica do sistema de comando e controle em que a Administração Pública emite verticalmente um dever ao administrado; (IV) expõe a resistência de reconhecer o uso do consenso na seara pública, como se os acordos não contivessem espaço a ser negociado, mas apenas a ser aderido; (V) fortalece a noção de legalidade estrita, cuja ausência de previsão do dever colaborativo voltado ao setor público não vincula a Administração a agir nesse sentido.

Imprescindível pontuar que não se está a questionar a importância ou utilidade da previsão sobre o dever colaborativo da parte privada. Mas entende-se necessário estabelecer a relevância dessa colaboração com a Administração Pública, já que ela, sem a ajuda do particular, não detém todas as informações necessárias para colocar em prática a ponderação sobre a melhor solução a ser adotada no caso concreto.

Portanto, o que se questiona é a inexistência de um dever colaborativo amplo por parte da Administração Pública, especialmente em um cenário que tende para o aumento do uso dos acordos. A ausência dessa obrigação recíproca pode fomentar uma possível falta de vontade negocial da parte pública, o que prejudica em muito a consensualidade. Conforme aponta Eurico Bitencourt Neto, “falta à lei federal de processo administrativo brasileira, a previsão de instrumentos que valorizem a colaboração e a cooperação e induzam a concertação entre os órgãos e entidades da Administração e entre esta e os particulares”³⁸⁴.

No tocante a atuação colaborativa intra e intergovernamental, o dever de colaboração também surge bastante setorizado, apesar de existir uma previsão geral na Lei nº 9.784/1999 quanto a possibilidade de audiência de outras entidades administrativas quando necessário à instrução do processo. A Lei das Agências Reguladoras prevê, no artigo 19, inciso III, um plano de gestão anual que conta com a promoção de cooperação com os órgãos de defesa da concorrência, do consumidor e do meio ambiente, assim como dedica o artigo 29 e 30 para

³⁸⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 66.

dispor de regras sobre a articulação entre as agências reguladoras. Os regimentos internos das agências reguladoras refletem tais comandos e trazem previsão de articulação não apenas com outras agências, mas com inúmeras outras entidades com vistas ao fortalecimento institucional. O art. 8º, § 1º, da Instrução Normativa nº 118/2015 da Agência Nacional do Cinema (Ancine) prevê participação de outras áreas da Agência Reguladora no juízo de admissibilidade do TAC. Não há, assim, um dever genérico de auxílio entre as entidades públicas e entre essas e as entidades privadas.

O pleito para a externalização de uma postura colaborativa pública ampla – independentemente do tipo de acordo que se firma e independentemente da contraparte celebrante – não é inútil. No mundo do ser, não se pode sustentar que a colaboração seja presumida pelo simples fato de a Administração Pública ter escolhido seguir pela via concertada. Deveria ser, mas não é. Então, na medida em que se alocam palavras adequadas para reger as relações, essas próprias relações passam a ser ressignificadas. Parte-se da frieza vertical para a aproximação horizontal, da desconfiança para a confiança, da fragmentação para a uniformidade. E, conforme pondera Javier Barnes, “a mera adição ou renovação de regras processuais não é suficiente. É preciso que isso seja produzido a partir de um novo modelo de procedimento, mais inclusivo e cooperativo”³⁸⁵. Assim, aos poucos se vai quebrando a barreira de resistência de implementação de outra cultura.

No âmbito dos processos judiciais, o Código de Processo Civil tratou de reger as relações de cooperação em âmbito nacional (e internacional), acabando por dispor de um verdadeiro princípio³⁸⁶. Esse princípio, nas palavras da Ministra Nancy Andriahi,

[...] é um desdobramento do princípio da boa-fé processual, que consagrou a superação do modelo adversarial vigente no modelo do anterior CPC, impondo aos litigantes e ao juiz a busca de solução integral, harmônica e pacífica que melhor atenda aos interesses dos litigantes³⁸⁷.

³⁸⁵ Tradução livre de: “*No basta, sin embargo, la mera adición o renovación de normas sobre procedimiento. Es necesario que ésta se produzca a partir de un nuevo modelo de procedimiento, más integrador y cooperativo*” (BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. In: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Derecho Global, 2008a. p. 256-257).

³⁸⁶ “Nossa formação acadêmica clássica, porém, não nos prepara para essa necessidade incontestada. Ao contrário, alimenta-se a crença generalizada de que o bom advogado é briguento e intransigente” (SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10).

³⁸⁷ RHC 99606/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2018/0150671-9. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Terceira Turma STJ. Julgado em 13/11/2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20 nov. 2018.

Esse dever atinge tanto os sujeitos do processo, que devem cooperar entre si para obtenção de uma decisão célere, justa e efetiva³⁸⁸, como também todos os órgãos do Poder Judiciário em sentido amplíssimo (estadual ou federal, especial ou comum, e independentemente da instância ou grau de jurisdição)³⁸⁹.

Em âmbito civil, o princípio intenta modificar a dinâmica da relação triangular travada no processo judicial. De um lado, aproxima o juiz das partes, tornando-o um participante ativo da relação, em oposição à figura de mero fiscal. De outro, também aproxima as partes desse juiz, no sentido de conferir a elas igual protagonismo na construção da sentença, como se esta não derivasse apenas do entendimento formado pelo magistrado, mas de toda a ampla participação conferida às partes dentro de um contraditório democrático. Por fim, na terceira ponta do triângulo, a cooperação igualmente pretende aproximar as partes em litígio, atenuando a oposição para obtenção de uma decisão mais eficiente e justa. Na explicação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um consequente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.³⁹⁰

Na prática, o princípio da cooperação acaba por pautar a aplicação de outros princípios jurídicos – dentre eles: da boa-fé, da celeridade, do contraditório –, adotando alguns diferentes vieses, como: (I) a garantia de um processo justo e isonômico, impedindo que a decisão se valha de informações “surpresas” não conhecidas de antemão pela parte e

³⁸⁸ CPC/2015. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

³⁸⁹ CPC/2015. “Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.”

³⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.* Salvador: JusPodivm, 2008. p. 135.

não submetidas ao contraditório³⁹¹; (II) forma de garantia da razoável duração do processo, com o uso de sistemas integrados que permitam compartilhar as informações necessárias para o feito³⁹²; (III) forma de garantir a correção formal do feito, com a indicação das deficiências para posterior ajuste³⁹³; (IV) forma de evitar expedição de requisições inúteis, quando uma das partes já detém a informação necessária para sanar o problema³⁹⁴.

O dever de cooperação disposto na codificação processual civil, nos moldes das finalidades expostas acima, pode muito bem ser transplantado para a seara administrativa. Para tanto, existe até previsão legal no próprio Código de Processo Civil que dispõe, no artigo 15, sobre a possibilidade de aplicação supletiva ou subsidiária das regras ali contidas, na ausência de normas que regulem, dentre outros, os processos administrativos. No entendimento de Egon Bockmann Moreira:

Ao lado do processo civil, trabalhista, penal e ambiental (entre outros, cada qual com suas peculiaridades), o processo administrativo constitui microssistema normativo, dentro do sistema do Direito Processual. [...] O que importa dizer que o processo administrativo bem acolhe a aplicação, subsidiária ou supletiva, assim como a interpretação extensiva de normas codificadas em outros diplomas normativos que não a Lei nº 9.784/1999 (ou outros diplomas especiais, que estabeleçam processos administrativos diferenciados).³⁹⁵

Como dito e repetido, a colaboração em âmbito público também intenciona a aproximação da parte da autoridade administrativa para: (I) fazer da parte uma protagonista da escolha administrativa aumentando a permeabilidade pública; (II) reduzir o antagonismo público-privado; (III) reduzir a desconfiança entre as partes; (IV) expurgar a atuação unilateral da Administração Pública na seara dos acordos; (V) garantir a proporcionalidade dos compromissos; (VI) tornar a decisão mais efetiva e justa no caso concreto. A colaboração une as partes em prol do objetivo desejado e obsta posturas intransigentes. A colaboração objetiviza a conduta dos celebrantes, tornando-os propensos à negociação e à busca de soluções. Isso não quer dizer que o acordo será necessariamente celebrado: caso não o seja, não será em razão da injustificada postura inflexível das partes

³⁹¹ REsp 1824337/CE. Recurso Especial 2019/0193434-5. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma STJ. Julgado em 10/12/2019. **DJe**, 13 dez. 2019.

³⁹² REsp 1820838/RS. Recurso Especial 2019/0172369-9. Relator Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma STJ. Julgado em 10/09/2019. **DJe**, 16 set. 2019.

³⁹³ RHC 102457/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2018/0223940-7. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma STJ. Julgado em 09/10/2018. **DJe**, 19 out. 2018.

³⁹⁴ AgInt no REsp 1749737/RS. Agravo Interno no Recurso Especial 2018/0152243-1. Relator Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma STJ. Julgado em 06/12/2018. **DJe**, 12 dez. 2018.

³⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. O Novo Código de Processo Civil e a sua aplicação no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez., 2016. p. 314-315.

Nos regramentos processuais alienígenas, o dever de colaboração aparece na maioria das vezes, mas não de maneira uniforme. A legislação processual administrativa portuguesa, por exemplo, adota um tom diametralmente oposto àquele denotado no normativo processual brasileiro, em que a colaboração parece ser usualmente um dever carreado ao particular. O Código do Procedimento Administrativo português³⁹⁶, no artigo 11º, coloca como um princípio geral o dever de colaboração da Administração Pública com os particulares, independentemente da instância em que se der esse contato entre as partes.

No que tange especificamente ao comportamento processual, ou seja, na relação travada dentro de um processo, o Decreto-Lei nº 4/2015 português também carrega, no artigo 60º, o dever de cooperação recíproca entre as partes pública e privada, em moldes parecidos com aqueles dispostos pelo Código de Processo Civil brasileiro. Na seara intragovernamental, há previsão de pedido de auxílio a outras entidades públicas e, ainda, o dever de cooperação com as entidades da União Europeia. Em novembro de 2020, foi promulgada a Lei nº 72/2020³⁹⁷, alterando o Código do Procedimento Administrativo português para conferir balizas à articulação intra-administrativa. Essa alteração trouxe, dentre outros aspectos, a previsão e o modo de proceder da denominada “conferência procedimental deliberativa” – promovida obrigatoriamente nos procedimentos cuja complexidade justifique, ou que prevejam emissão de pareceres ou pronúncias por parte de outras entidades – e das “conferências procedimentais realizadas entre a administração direta e indireta e autarquias locais”, a serem realizadas periodicamente, nos processos que envolvam conjuntamente essas entidades.

Em moldes semelhantes à lei portuguesa, o artigo 3 da Lei de Procedimento Administrativo nº 30/1992 espanhola também colocava, como princípio geral, o dever de cooperação e colaboração em todas as relações travadas pela Administração Pública, além de prever sua atuação de forma coordenada³⁹⁸. Contudo, referido normativo foi revogado pela Lei nº 39/2015³⁹⁹, que não trouxe em si o mesmo comando, mas, ao contrário, carrou

³⁹⁶ PORTUGAL. **Código do Procedimento Administrativo**. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/66041468/details/normal?p_p_auth=8TzFuj9o. Acesso em: 17 set. 2020.

³⁹⁷ PORTUGAL. **Lei nº 72/2020**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/148599583/details/maximized>. Acesso em: 12 dez. 2020.

³⁹⁸ “Artículo 3. Principios generales. [...] 2. Las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.” (Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>. Acesso em: 19 set. 2020).

³⁹⁹ ESPAÑA. **Ley 39/2015**. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10565. Acesso em: 19 set. 2020.

apenas ao particular o dever de colaboração, no artigo 18⁴⁰⁰. Ademais, nada obstante a nova lei prever a terminação convencional do procedimento administrativo através de acordos celebrados entre a autoridade estatal, a colaboração entre as partes também não foi endereçada no artigo respectivo (artigo 86).

Por outro lado, a Lei espanhola nº 40/2015⁴⁰¹, que estabelece o regime jurídico do setor público, assim como toda sua repartição competencial (derivada do fatiamento da revogada Lei nº 30/1992), determina, no artigo 3, como princípio geral das relações interadministrativas: (I) a colaboração, no sentido de agir em prol de um objetivo comum (artigo 141); (II) a cooperação, quando entidades administrativas assumem compromisso para ação comum (artigo 143); e (III) a coordenação, prevista de forma difusa no ordenamento, como necessária coerência na atuação de diferentes entidades administrativas afetadas pela mesma matéria.

Ademais, nada obstante não mais existir um dever de reciprocidade em relação à entidade pública e a parte privada, o dever de auxílio intragovernamental acaba por afetar os particulares de maneira positiva. Isso assim se dá porque, além de lhes conferir segurança jurídica em razão da uniformidade de atuação da Administração Pública coordenada, também exige explicitamente (erigindo o dever como um princípio) no artigo 3, de todas as instâncias governamentais, a necessidade de atuação próxima dos cidadãos, o que lhes permite demandar do setor público a efetivação dessa permeabilidade.

A lei alemã de processo administrativo (*VwVfG*)⁴⁰² inova ao colocar de forma parelha a atuação vertical e horizontal da Administração Pública, podendo a autoridade escolher, motivadamente, a maneira mais eficiente de lidar com o caso concreto (§ 54 a § 62). Contudo, a colaboração entre as partes públicas e privadas também não se coloca de maneira expressa, ao contrário do que ocorre com a colaboração entre entidades públicas, que existe

⁴⁰⁰ “Artículo 18. Colaboración de las personas. 1. Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas. 2. Los interesados en un procedimiento que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en él tienen el deber de proporcionárselos a la Administración actuante. 3. Cuando las inspecciones requieran la entrada en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran autorización del titular, se estará a lo dispuesto en el artículo 100.”

⁴⁰¹ ESPAÑA. Ley 40/2015. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566. Acesso em: 19 set. 2020.

⁴⁰² Traduzida e comentada por CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei Alemã do Procedimento Administrativo**: Guias de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2016.

explicitamente, de maneira muito mais sucinta do que a prevista pela lei espanhola. A lei alemã prevê, então, que todas as autoridades devem prestar auxílio a outras quanto tal lhes for solicitado, impõe condições e limites de tal auxílio, como ele será executado e os custos que lhe são atinentes (§ 4 a § 8).

Por sua vez, a legislação francesa conta com um complexo e amplo universo de normativos procedimentais que regem tanto a relação intragovernamental como aquela entre as autoridades administrativas e a sociedade. A cooperação intragovernamental vem prevista de forma bastante difusa no ordenamento jurídico, sempre atrelada a um tema específico que se está a endereçar. Assim, exemplificadamente, temos a cooperação intermunicipal para planejamento urbano⁴⁰³, ou, ainda, a cooperação intermunicipal para cobrança de tributos relacionados ao turismo⁴⁰⁴. O mesmo ocorre com a cooperação público-privada. A exemplo da lei brasileira, a colaboração entre as partes, em regra, é vista de maneira a implementar alguma política pública, e não necessariamente como uma forma de promover a permeabilidade consensual entre as partes. Tem-se, por exemplo, a cooperação para estabelecimento de estruturas científicas e tecnológicas⁴⁰⁵.

Especificamente no que toca à relação com os cidadãos, visando simplificar a fragmentação normativa, foi expedido um Código de Relações entre o Público e a Administração⁴⁰⁶, que traz previsões relacionadas a transparência, formas de contato entre as partes (inclusive por meios eletrônicos), e, também, formas consensuais de términos de disputas, como conciliação, mediação e transação. Contudo, apesar da previsão de tais institutos e da robustez do normativo jurídico, não se nota qualquer previsão relativa a uma colaboração entre os entes públicos e privados, pelo menos não de maneira geral e ampla como pretendem ser as normas do citado Código.

Por fim, a lei italiana (Lei nº 241/1990)⁴⁰⁷, traz previsão do acordo substitutivo em seu artigo 14, mas também não carrega explicitamente um dever colaborativo entre as partes

⁴⁰³ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code de l'urbanisme**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074075/2020-09-21/. Acesso em: 20 set. 2020.

⁴⁰⁴ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code du tourisme**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074073/2020-09-21/. Acesso em: 20 set. 2020.

⁴⁰⁵ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code de la recherche**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071190/2020-09-21/. Acesso em: 20 set. 2020.

⁴⁰⁶ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code des relations entre le public et l'administration**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/2020-09-18/. Acesso em: 20 set. 2020.

⁴⁰⁷ Disponível em: Bosetti & Gatti - Legge n. 241 del 1990 (bosettiegatti.eu). Acesso em: 20 set. 2020.

– nem pública, nem privada. Contudo, aborda o tema sobre a *conferenza di servizi*, no artigo 14, cuja finalidade é facilitar e coordenar o trabalho da Administração Pública – seja para examinar diversos interesses públicos envolvidos em um determinado procedimento administrativo (conferência instrutória); seja para obter consentimento de outra entidade pública para a realização de um projeto (conferência decisória); seja para promover um estudo preliminar sobre a viabilidade de um projeto complexo (conferência preliminar).

De todo o exposto, em razão da finalidade que se intenta atingir, entende-se ser imprescindível a previsão expressa e geral sobre um dever de colaboração ou de cooperação da Administração Pública.

Repita-se: é possível que se defenda a colaboração como uma decorrência lógica da prática consensual, o que é verdadeiro em tese, mas a prática pode mostrar diferente, conforme observado nos desafios expostos no capítulo anterior. Ainda, é possível a defesa de que a colaboração seja corolário de outros deveres processuais já existentes – como o dever de promoção do devido processo legal, o dever de agir com boa-fé, o dever de busca pelo interesse público, ou, ainda, o dever de garantir a transparência. Em verdade, entende-se que a colaboração que traz balizamentos para a aplicação dos demais deveres e merece exposição por ser capaz de pautar o comportamento das partes na negociação.

A colaboração que aqui se deseja é aquela que mitigue o comportamento adversarial e combativo derivado da contraposição de interesses que pode existir mesmo em âmbito consensual. Trata-se de uma alteração de postura das partes, que não deverão colocar falsos empecilhos a fim de minar uma negociação com a intenção de extrair benefícios para si. É a quebra da lógica existente nas relações de desconfiança, e a busca pela implementação efetiva da consensualidade, com a construção conjunta do resultado. Busca-se, a partir da colaboração, o uso de estratégias honestas de negociação, que joguem luz aos fatos como eles são, demonstrando a verdadeira capacidade das partes em cumprir com os compromissos assumidos, que, igualmente, devem ser verdadeiramente efetivos ou úteis ao fim que se deseja do acordo celebrado. Trata-se de uma predisposição de atuação conjunta para atendimento a um fim específico.

Significa dizer, então, que o cumprimento dos deveres processuais já existentes, desatrelados de uma noção explícita de cooperação entre as partes, pode não trazer os efeitos desejados. Em outros termos, uma atuação que se diz em prol do interesse público não denota necessariamente uma postura colaborativa, mas pode impor empecilhos ao agente público que se vê instado a ir contrariamente a qualquer contribuição advinda da parte privada, por exemplo.

O mesmo se diga sobre a atuação de boa-fé: o cumprimento de tais comandos, sem a orientação colaborativa, pode culminar na indesejada imposição de compromissos, pois o atuar de boa-fé seria uma implementação do interesse público a qualquer custo (sem ponderação dos interesses subjetivos em jogo), indo contrariamente aos ditames da concertação. O dever de transparência, sem ser temperado pela colaboração, pode ser satisfeito com a mera publicização das informações que são necessárias, sem abarcar o dever de agir honestamente sobre as intenções durante a negociação do acordo. Sem mencionar, ainda, as relações entre entidades públicas, que podem igualmente impor condições à contraparte com menor poder político, por exemplo.

Entende-se que a explicitação de um dever geral de colaboração da Administração Pública será efetiva, pois, uma vez incorporado por cada instituição pública, tal dever passará a permear e direcionar o comportamento do agente público em qualquer caso.

3.3.2 A construção conjunta das soluções

O dever de colaboração entre as partes encontra sua relevância na construção conjunta das soluções do acordo, tida como um dos maiores intentos do devido processo legal negocial. É através dessa construção conjunta que se promove a redução de litigiosidade pela aproximação das partes, que se eleva o *enforcement* das obrigações assumidas pela voluntariedade de submissão às mesmas, e que se promove a eficiência, por meio de construções criativas que serão analisadas amiúde mais adiante.

A construção conjunta das soluções nada mais é do que a troca de informações entre as partes na qual efetivamente se ponderam os interesses envolvidos no caso concreto para conferir uma resolução mais aderente possível ao problema debatido.

A redução da litigiosidade deriva do senso de responsabilidade e satisfação das partes ao se colocarem na posição de coautoras dos compromissos assumidos, como uma forma de pertencimento à construção do desenho do instrumento concertado. Novamente, aqui reside a importância da colaboração: ao se portarem de maneira propensa ao acordo, ao exporem honestamente suas capacidades, limites e interesses, as partes enfrentarão menor resistência e, por consequência, aumentarão as chances de alcançar o consenso.

Conforme antecipado no capítulo inaugural e aqui reiterado, a parte não mais ocupa uma posição de coadjuvante no processo decisório administrativo, ou seja, não apenas alimenta a Administração Pública de informações para que tome a melhor decisão (como

ocorre nos processos adversariais), mas constrói junto com ela o resultado. Na explicação de Philip Harter:

A negociação tem muitas vantagens sobre os processos adversariais. As partes participam direta e imediatamente da decisão. Elas compartilham e concorrem para o seu desenvolvimento, em oposição a apenas participar através da submissão de informações que a autoridade deve considerar para chegar a uma decisão. Frequentemente, aqueles que participam da negociação estão mais próximos da autoridade decisória do que os intermediários que representam seus interesses no processo adversarial. Assim, os participantes na negociação podem tomar decisões substanciais ao invés de atuarem apenas como especialistas no processo decisório. Ademais, a negociação pode ser menos onerosa, pois reduz a necessidade de se buscar elementos que antecipem os argumentos da contraparte, como ocorre nos processos adversariais.⁴⁰⁸

Em regra, é comum atrelar a ponderação de interesses contrapostos à dicotomia público-privada. A imperatividade da Administração Pública é estudada perante o particular e largas páginas já foram dedicadas à desconstrução da ideia de um interesse público abstrato sempre superior ao interesse privado. Como esposado na largada do trabalho, o constitucionalismo obrigou o Estado ao respeito dos direitos fundamentais de caráter privatístico. E, mais do que isso, obrigou o Estado a compartilhar a ponderação entre o interesse público e os direitos fundamentais com os particulares detentores desses direitos, ao exigir a aproximação e participação destes últimos no processo decisório administrativo.

Como expõe Marçal Justen Filho, “desapareceu a competência estatal unilateral para ponderar conflitos entre interesse público e os direitos fundamentais”⁴⁰⁹. Isto é, além de a Administração não poder estabelecer aprioristicamente o interesse público preponderante, também deve absorver as contribuições oferecidas pelos particulares para mirar o protecionismo em cada situação.

Em repetição, o equilíbrio dentro de um conflito entre interesse público e direitos subjetivos deve contar, necessariamente, com a participação efetiva da parte que deseja ver o seu direito fundamental preservado e com a ponderação efetiva da Administração sobre

⁴⁰⁸ Tradução livre de: “*Negotiating has many advantages over the adversarial process. The parties participate directly and immediately in the decision. They share in its development and concur with it, rather than “participate” by submitting information that the decisionmaker considers in reaching the decision. Frequently, those who participate in the negotiation are closer to the ultimate decisionmaking authority of the interest they represent than traditional intermediaries that represent the interest in an adversarial proceeding. Thus, participants in negotiations can make substantive decisions, rather than acting as experts in the decisionmaking process. In addition, negotiation can be a less expensive means of decisionmaking because it reduces the need to engage in defensive research in anticipation of arguments made by adversaries.*” HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, vol. 71, 1982, p.28.

⁴⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 46.

essas contribuições oferecidas. Mais além, a ponderação não deve envolver somente os interesses da contraparte no acordo (que, como visto, merecem igual proteção, ainda que derivados de pretensões particulares), mas também deve considerar os interesses daqueles que porventura vierem a ser afetados pelas cláusulas do acordo, sendo, por isso, imprescindível a promoção da participação de terceiros interessados no delineamento dos compromissos.

Entretanto, é importante pontuar que eventuais interesses contrapostos que possam ser expostos durante a negociação não se resumem apenas à mencionada dicotomia público-privada. Em verdade, desde a compreensão acerca de um Estado pluriclasse, a Administração Pública protege e lida com interesses públicos que são distintos e, por vezes, contraditórios. Isso faz que todas as decisões administrativas, para serem úteis aos fins aos quais se destinam, acabem por depender de uma análise casuística com o fito de ponderar, na prática, a melhor solução adotada. Sobre isso, ensina Onofre Alves Batista Júnior:

Além de contar com recursos escassos, à Administração Pública são colocados diversos interesses públicos, muitas vezes até contraditórios entre si, perante uma realidade concreta, e a atuação administrativa deve se alinhar rumo a um interesse de síntese, resultante de uma ponderação equilibrada desses diversos interesses intervenientes. O Estado persegue fins diversificados. A função administrativa deve pautar-se pela satisfação do bem comum, como composição concertada dos interesses públicos. O processo administrativo decisório, além de complexo e finalístico, frequentemente conta com interesses e fins que se põem desalinhados. Exatamente por isso é que o bem comum, tal como visto pelo Direito, não é senão um equilíbrio móvel entre interesses públicos contrários, e existem tantos aspectos múltiplos e equivalentes dessa ideia, como há probabilidades de equilíbrios dos interesses contrários.⁴¹⁰

Significa afirmar, nessa senda, que a construção conjunta das soluções não pode ser dissociada da ponderação dos interesses contrastantes, ainda que estes sejam essencialmente públicos.

É por meio dessa análise concreta que se reconhecerá o específico interesse público a ser protegido e respeitado pelas partes celebrantes. Dessa maneira, mesmo nos acordos cujo objeto sejam interesses advindos de esferas administrativas distintas ou, ainda, em acordos nos quais a parte privada também seja responsável pela perseguição do interesse público a ponderação deve ser necessariamente realizada⁴¹¹.

⁴¹⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 62.

⁴¹¹ As OS são entidades privadas sem fins lucrativos cujas atividades se voltam ao atendimento de demandas relativas a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, promoção da cultura e da saúde. De acordo com o artigo 18 da Lei nº 13.019/2014, o poder público pode ser demandado pelas OS, por movimentos sociais ou por cidadãos para avaliar a pertinência de realizar um chamamento público visando a celebração da parceria com a entidade privada, ocasião em que poderá diagnosticar os interesses concretos que clamam por proteção. Em se decidindo a firmar Termo com objeto de proteção ao

A definição do interesse a ser protegido, portanto, não parte mais de uma decisão antecipada, vertical e exclusiva de uma Administração Pública única. O interesse é dinâmico e fragmentado. Ele é traçado a partir da análise do caso, no tempo-espaço em que ele se encontra, com a contribuição daqueles que serão afetados pela decisão. O interesse passa a ser identificado, então, de acordo com a finalidade que se busca através daquele acordo administrativo específico. Confere-se, pois, um caráter finalístico ao interesse, cujo sopesamento dos conflitos será refletido no conteúdo das cláusulas, as quais farão melhor justiça à demanda específica, uma vez que permitirão haver “maior liberdade de apreciação dos fatos, das exigências atuais da vida social e de valorar criticamente os resultados da aplicação do Direito”⁴¹².

A partir da estipulação do interesse público que se quer atingir, será possível estabelecer padrões do que é justo exigir. Ademais, será possível avaliar o que é justo flexibilizar frente ao interesse público que se intenta proteger. Assim, tendo conhecimento da realidade fática – qual objetivo se busca e quais os meios possíveis para atender a esse objetivo –, é mais provável que os compromissos sejam tidos como justos pelas partes e por terceiros, pois obedecem a um padrão predefinido de como atingir um fim específico, ainda que atendam a interesses da parte privada. Na explicação de Caroline Harris Crowne, o controle sobre a justiça da decisão recai na análise sobre os padrões que estão sendo adotados para lidar com o conflito em específico:

Em segundo lugar, justiça pode significar satisfação dos interesses públicos. Críticos dos métodos alternativos de resolução de conflitos, que se preocupam com o interesse público na resolução de disputas, argumentam que a satisfação do disputante pode camuflar injustiças do ponto de vista público. Adota-se a posição de que se pode fazer justiça ao servir interesses públicos e privados. A sociedade tem interesse em saber como os tribunais tratam os casos e em se certificar que estão resolvendo os casos de acordo com certos padrões.⁴¹³

meio ambiente, por exemplo, deverá igualmente avaliar quais os impactos na economia do local ao qual se destinará a ação, que poderá afetar, inclusive, a receita arrecadada pelo Município em questão. São interesses públicos distintos – a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico – que deverão ser ponderados no caso concreto.

⁴¹² VALLE, Martin Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 136.

⁴¹³ Tradução livre de: “*Second, ‘justice’ can mean satisfaction of public interests. Critics of ADR, who are concerned with the public interest in the resolution of disputes, have argued that disputant satisfaction may camouflage serious injustice from public [...] This Note adopts the position that ADR, working within the court system, can do justice by serving both public and private interests. The public has an interest in knowing how courts are handling cases and in making sure that courts are resolving cases in accordance with certain standards*” (CROWNE, Caroline Harris. *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice*. **New York University Law Review**, v. 76, n. 6, p. 1768-1811, 2001. p. 1781-1782).

Diante da complexidade que é definir o interesse público e, também, diante da complexidade de equilibrar a proteção do interesse público e o respeito aos direitos subjetivos, a tendência é afastar a ideia de um interesse público anterior, abstrato e homogêneo⁴¹⁴, passível de aplicação genérica, para entendê-lo como algo a ser definido somente através da ponderação dos interesses no caso concreto. Conforme expõe Sérgio Guerra:

O desafio, portanto, passa pela compreensão de que, no estágio atual, em que é resultado o multilateralismo social, há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas aporias e dependências recíprocas, de modo que a escolha discricionária que afeta um determinado aspecto do conjunto social refletirá, nem sempre de forma positiva, em outros segmentos. [...] Neste vezo, a doutrina administrativista vem sistematizando os anseios da sociedade por meio da releitura da concepção clássica da noção de interesse público, até então adotado como fundamento para a legitimação dos atos e das medidas no âmbito da Administração Pública. Por isso, o paradigma de justiça nas decisões administrativas complexas (*hard cases*) passa a ser alcançável somente no caso concreto.⁴¹⁵

Nesse diapasão, a discricionariedade administrativa, usada como fundamento para a escolha dos compromissos assumidos em um acordo administrativo, não pode se apoiar nos dogmas abstratos da conveniência e da oportunidade administrativa, em respeito ao artigo 20 da LINDB. A legitimação dessa discricionariedade depende do sopesamento dos fatos e interesses concretos, ou seja, da efetiva negociação.

A efetiva negociação pressupõe, igualmente, cedências recíprocas entre as partes, com a finalidade de se alcançar um resultado que seja satisfatório para ambas. O fato de o resultado ser satisfatório não equivale àquilo que a parte desejava no início das negociações. Não se trata do resultado ótimo para uma das partes, mas do resultado correto para ambas. Não há ganho e nem perda completos. Existem, sim, ganhos e perdas recíprocos e equânimes, dado que nenhuma parte pode sair do acordo excessivamente onerada. Dessa maneira, a consensualidade está em ponderar os interesses e deles extrair regras que melhor se adéquem aos interesses de cada uma das partes, sem descuidar de atender a finalidade maior do acordo sendo celebrado.

A Administração Pública poderia até suscitar uma ponderação de interesses anterior, quando redigiu as cláusulas. Contudo, como foi visto, essa ponderação não pode mais ficar a cargo exclusivo do ente estatal. Ademais, em não havendo cedência alguma por parte do

⁴¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 193.

⁴¹⁵ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 209-210.

ente público, não haveria uma efetiva negociação. No entendimento de David Duarte, a participação que culmina em consenso serve, exatamente, à negociação das soluções em que haja algum tipo de conflito de interesses:

A abertura pública aos dispersos interesses sociais e a sua canalização por via de técnicas de participação permitiu que, na procura dos consensos decisórios e na minimização das reações negativas às decisões, se chegasse a meios de solução negociada dos conflitos. A concertação é, assim, uma modalidade de acção e preparação de decisões que decorre do avanço participativo. E assim, na medida em que é só através dos canais de participação que os conflitos de interesses reagem sobre o modo de conversão do problema em decisão. Além disso, a particularidade do modelo de concertação, neste contexto, reside no facto de serem os canais participatórios que servem para a solução negociada dos conflitos de interesses.⁴¹⁶

Nos ensinamentos de Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, quando abordam o compromisso previsto no artigo 26 da LINDB, o autêntico acordo administrativo “pressupõe a negociação do exercício de determinada prerrogativa pública pelo Poder Público com o particular e a celebração por acordo de vontades no âmbito de um processo administrativo”⁴¹⁷.

Particularmente nos acordos substitutivos de sanção, se não houver efetiva negociação quanto às suas cláusulas, não haverá substituição da imposição pelo consenso. Em verdade, haverá somente a substituição de uma sanção de multa por outra sanção, agora de obrigação de fazer, que continuará sendo igualmente impositiva e unilateral. Ou, ainda, nos acordos integrativos, a ausência de consideração das contribuições feitas pela contraparte não altera o aspecto altamente impositivo do ato expedido.

Nesse ponto, traz-se à luz o cenário alemão. Como se sabe, a *VwVfG* concedeu liberdade para a Administração Pública optar pelo uso do ato administrativo ou pelo uso de acordos, denominados normativamente de “contrato de direito público”. A cláusula consensual §55, que aborda o contrato de transação (*Vergleichsverträge*), dispõe sobre a necessidade de haver cedências recíprocas entre as partes para eliminar incertezas acerca

⁴¹⁶ Continua o autor, em outro trecho: “A ausência de ponderação é, portanto, um vício da decisão que traduz a realização de um processo de decisão aleatório, no qual não são ponderados os interesses e, antes disso, não é feita uma seleção dos interesses que devem ser considerados. A ponderação conclusiva do procedimento administrativo é, assim, uma não ponderação, havendo em seu lugar uma decisão objetivamente arbitrária, que não tem em conta o contexto de relação entre a habilitação competencial e as circunstâncias da decisão” (DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 112-113 e 456).

⁴¹⁷ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 148.

uma situação de fato ou de direito. Pontue-se que as cedências recíprocas aqui consideradas não ficam sob o crivo discricionário da Administração. A discricionariedade está em optar pela via consensual. Ao lançar mão de um contrato de transação, a Administração Pública será forçada a flexibilizar em prol da contraparte, ou seja, será forçada a negociar com ela, pois tal atividade é ínsita ao instrumento que se decidiu usar⁴¹⁸. Logo, não haveria consenso sem a devida negociação.

Por sua vez, a cláusula impositiva que dispõe sobre o princípio do inquisitório (§24) carrega obrigação à autoridade pública de levar em consideração (ponderar) todos os fatos relevantes para a tomada de decisão, incluindo aqueles que são favoráveis ao interessado. Trata-se, pois, de ponderação de interesses feita exclusivamente pela Administração Pública, a exemplo do que ocorre na expedição de atos administrativos. Contudo, a regra contida na cláusula §24 também se aplica aos contratos de direito público alemães (acordos ou contratos negociados), por força do que dispõe a cláusula §62, que estende a obrigação de ponderação a eles, mesmo sendo a ponderação ínsita ao âmbito consensual (em razão da negociação que deve existir).

Interessante pontuar que a legislação alienígena é, no mais das vezes, bastante evidente sobre a necessidade de existir efetiva negociação – com ponderação de interesses e concessões recíprocas – dos acordos firmados entre as partes. No caso do Código do Procedimento Administrativo português, a exposição de motivos denota a preocupação de “evitar soluções puramente logicistas [...] permitindo-se a ponderação de interesses e valores pela Administração nos casos concretos”, levando em conta a relevância dos interesses públicos e privados envolvidos⁴¹⁹. Nesse sentido, o artigo 10º dispõe que faz parte do cumprimento do princípio da boa-fé a ponderação dos valores fundamentais do Direito em face de situações consideradas⁴²⁰. No específico caso dos acordos, a exposição de motivos é

⁴¹⁸ Conforme Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg, com base na lição de Hartmut Maurer, o contrato de transação depende de uma incerteza relativa a circunstâncias fáticas ou jurídicas, depende de prejuízos graves contra a pretensão do interessado e depende da concessão recíproca de ambas as partes. (CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei Alemã de Procedimento Administrativo**: guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2016. p. 76.)

⁴¹⁹ PORTUGAL. **Código do Procedimento Administrativo. Decreto-Lei n.º 4/2015**. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/148081986/202011191131/diplomaExpandido?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴²⁰ “Artigo 10º. Princípio da boa-fé. 1 - No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé. 2 - No cumprimento do disposto no número anterior, devem ponderar-se os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida.”

clara em afirmar que se trata de uma “projeção participativa procedimental da contradição de pretensões de particulares nas relações jurídico-administrativas multipolares ou poligonais”, e, por isso, o item 2 do artigo 57º institui expressamente um contraditório entre os interessados que detenham pretensões opostas.

De forma mais tímida, mas igualmente ostensiva, o regramento francês contido no Código de Relações entre o Público e a Administração traz previsão de acordo para solucionar ou para prevenir disputas, no seu artigo L423-1, e igualmente prevê a ocorrência de concessões recíprocas entre as partes, adicionando a informação de que tais concessões também devem ser equilibradas, ou seja, não podem onerar demasiadamente nenhuma das partes acordantes.

Já as leis italiana (Lei 241/1990) e espanhola (Lei 39/2015) vão mais em linha com os normativos brasileiros, seja pela necessidade de se supor existir uma negociação, pois esta não é prevista ostensivamente, seja porque a negociação, cuja menção se faz no contexto de estipulação de outra regra, é prevista de forma indireta (como no caso da alínea f do item 1 do artigo 22 da lei espanhola, que estabelece a suspensão do prazo procedimental no caso de serem iniciadas negociações com vistas à celebração do acordo).

Nada obstante as condutas negociais desejáveis da Administração Pública analisadas no tópico precedente, como derivação do princípio do devido processo legal negocial, ao se analisar os regulamentos pátrios que tratam de instrumentos consensuais, percebe-se a baixa previsão sobre um rito negocial que deva ser travado entre as partes a fim de que construam, em conjunto, as cláusulas do acordo.

Pontua-se que, em que pese se reconhecer um movimento que denota a boa intenção pública de implementar técnicas negociais em seu âmbito⁴²¹, se não houver abertura normativa que estabeleça claramente as instâncias negociais para a construção dos acordos, as técnicas de negociação não terão espaço para ser colocadas em prática, ou, no limite, terão aplicação bastante restrita. A autoridade pública permanecerá atrelada à legalidade que soa

⁴²¹ Exemplificadamente, a Escola Nacional de Mediação e Conciliação elaborou um Manual de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público trazendo, em alguma medida, balizas que se propõem a um processo negocial. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/MANUAL_DE_NEGOCIACAO_E_MEDIACAO_PARA_MEMBROS_DO_MP_ISBN_2.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021. O CADE também emitiu Guia de Programa de Leniência Antitruste, com balizas negociais a serem aplicadas nesse âmbito. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/GuidoProgramadeLeninciadoCade.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021. As Agências Reguladoras estão se movimentando em prol do uso da chamada regulação responsiva, que prevê o consenso antes do sancionamento.

dispor o acordo como um mero instrumento de adesão, no qual não se abre espaço para a permuta de ideias.

No âmbito das agências reguladoras, a Lei nº 13.848/2019 é silente quanto ao rito negocial. Igualmente silente são os regulamentos da Antaq. No caso da Anac, a negociação é sempre atrelada aos contatos feitos pela Agência com autoridades estrangeiras.

Na Ancine, a Instrução Normativa nº 118/2015 foi bastante sucinta, e dispôs, no artigo 10, somente acerca de reuniões de negociação entre representantes da autarquia e do agente econômico que deseja firmar o TAC, sem, contudo, detalhar a forma de apresentação das propostas e as balizas para ponderação tanto da conveniência de firmar o TAC como dos argumentos apresentados. Ao final, indica que o instrumento será redigido pela própria Ancine e encaminhado ao agente econômico signatário, ocasião em que este manifestará sua anuência ou não aos termos propostos. Presume-se, é claro, que a minuta do TAC estará de acordo com o que foi debatido nas reuniões de negociação.

O mesmo ocorre com o regulamento da ANS. A Resolução Normativa nº 372/2015, que confere 10 dias para que o compromissário manifeste sua aquiescência com os termos da minuta elaborada pela agência (art. 9º, § 1º). Contudo, o normativo da ANS esmiúça os elementos que balizam a ponderação sobre a aceitação do TAC (art. 4º)⁴²², além de dedicar seção específica à negociação entre as partes. Dispõe, nesse caso, que as propostas e contrapropostas feitas serão anexadas ao processo que promove o ajustamento, dando maior transparência à congruência dos termos com aquilo que foi negociado (art. 8º). A Resolução nº 629/2013 da Anatel, por sua vez, também confere balizas de ponderação para aceitação do pedido de celebrar o TAC⁴²³, mas é silente quanto ao rito negocial, prevendo apenas a composição de Comissão de Negociação para promover a análise técnica sobre o pedido e a formalização do instrumento (art. 9º).

Diferentemente do previsto pela regulamentação das demais agências, a Resolução nº 5.823/2018 da ANTT atribui ao agente regulado o ônus de apresentar a minuta do TAC à

⁴²² Art. 4º. Na avaliação discricionária de conveniência e oportunidade a que se refere o artigo 1º desta Resolução deverá ser verificado se a celebração de TCAC é meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores: I - o tempo decorrido desde a conduta objeto da apuração; II – a eventual reiteração da infração pela operadora; III – o alcance do dano e a quantidade das condutas objeto de apuração; e IV – razoabilidade da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticada.

⁴²³ Art. 15. Para a celebração de TAC, deverá ser verificado se ele é o meio adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto, ponderando-se, dentre outros, os seguintes fatores: I - a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise; II - a existência de motivos que recomendem que o ajustamento de determinada prática reputada irregular se dê gradualmente; III - a capacidade do TAC para evitar a prática de novas condutas semelhantes pela Compromissária, bem como para estimular o cumprimento da regulamentação; e, IV - a efetiva proteção dos direitos dos usuários.

autoridade competente após o deferimento do pedido de celebração (art. 5º, § 4º). Nesse caso, a Agência proporá alterações que entender necessárias (§ 5º) e devolverá a minuta ao particular, que poderá ponderar sobre as mudanças realizadas. Caso o agente regulado proponha novos ajustes à minuta, estes ficarão sob o crivo discricionário da ANTT (art. 6º, § 1º e 2º). No caso de indeferimento dos novos ajustes propostos pelo particular, ele ainda terá oportunidade de impugnar a decisão perante a instância superior (art. 6º, § 3º). Fica claro que o regulamento da ANTT impõe interessante dinâmica entre as partes, demonstrando conceder efetiva voz ao interessado para colaborar na construção do ajuste.

Nenhum normativo das agências reguladoras vislumbra negociação de acordos integrativos. No caso da atividade normativa, contudo, a Lei das Agências Reguladoras é clara ao dispor que tais passarão por Análise de Impacto Regulatório (AIR) e Consulta Pública (art. 6º e art. 7º), como forma de participação na decisão da agência. Tais comandos são refletidos nos normativos de cada agência em específico.

É de se ver, pelo breve comparativo, que falta clareza e uniformidade quanto ao grau de negociação entre as partes. Se esta se estabelecerá em um nível amplo, em que ambas as partes farão concessões recíprocas a fim de chegar a um resultado em comum, ou se ocorrerá em nível restritíssimo, o qual considera a mera aquiescência da parte a cláusulas previamente determinadas, suficiente para taxar o instrumento com a característica de consensual. Apesar de importantes, não bastam previsões genéricas a respeito da negociação.

O processo negocial mira o bom uso da discricionariedade, impondo racionalidade e ponderação às escolhas celebradas em conjunto, numa seara de ampla participação e transparência⁴²⁴. O devido processo legal negocial está, então, em salvaguardar a ocorrência dessa ponderação, em garantir o descortinamento do interesse no caso concreto, com delineamento das cláusulas através da negociação, em oposição à escolha unilateral e discricionária daquilo que o agente público, sozinho, entende como importante a ser endereçado no caso. Nas palavras de Patrícia Baptista:

Registre-se, ainda, que em uma Administração Pública pautada pelo dever da ponderação de interesses cresce em relevo o papel do processo administrativo. Nesse contexto, o processo administrativo surge como instrumento central do procedimento de ponderação, pois é nele, por exemplo, que serão materializados os interesses em conflito e afastados os irrelevantes. [...] O processo administrativo, considerado assim de forma objetiva, deve funcionar como ponto de encontro dos interesses públicos e privados, suscetíveis de reconhecimento e de tutela pela Administração. E na medida em que viabilize a pronta composição

⁴²⁴ BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: BARNES, Javier. **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 65.

desses interesses, contribuirá para diminuir os conflitos e aumentar a eficiência da função administrativa.⁴²⁵

Em outros termos, o devido processo legal negocial impede que a vontade do agente público seja formada anteriormente à negociação. Impede, igualmente, a negociação meramente formal: o dever de ponderação combate a verticalidade, combate a imposição feita pelo administrador, mesmo dentro de um contexto consensual. É dizer que a ponderação tem a capacidade de evitar um possível efeito *arm twisting*, já que não deixará escapar ao controle uma discricionariedade que não tenha sido pautada pelos elementos envolvidos no caso concreto. Continua sua lição Marçal Justen Filho:

O interesse público é produzido (ou identificado) em vista das características de cada situação fática. Essa produção envolve um procedimento, na acepção de uma sucessão preordenada de atividades administrativas, entre si organizadas de modo lógico a que a etapa anterior condiciona as subsequentes [...] A justificativa – que condiciona a validade da decisão adotada – compreende a avaliação realizada pela autoridade em vista das diversas circunstâncias, que envolve a observância de um procedimento. A legitimidade jurídica e política da decisão depende da observância desse procedimento e da consistência das justificativas invocadas⁴²⁶.

Em razão do aspecto processualístico da meta de ponderação, dado que parte do rito negocial entabulado entre as partes, entende-se imprescindível reduzir a termo as proposições de cada interessado, ainda que tenham sido apresentadas em instância oral. A apresentação formal das propostas – ainda que posteriormente formalizadas por meio de ata de reunião – serve ao controle da discricionariedade administrativa, no exato sentido de esta não ter se embasado em uma conveniência e oportunidade totalmente abstrata da autoridade administrativa.

A condução escrita das propostas dá concretude à negociação. Nesse sentido, as propostas de todos os interessados envolvidos no acordo (partes públicas e privadas) merecem a devida formalização. Isso permitirá conferir o nível de colaboração entre as partes, o grau de participação da parte privada (se for o caso) e a permeabilidade do agente público acordante.

Ademais, por meio dessas proposições é que serão expostas as ressalvas, as preocupações, as capacidades e os cenários vislumbrados por cada parte – elementos que devem ser considerados quando da eleição dos compromissos. As proposições servirão de

⁴²⁵ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215 e 247.

⁴²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 58.

evidência material quanto à ocorrência da efetiva ponderação e quanto à racionalidade dessa ponderação. Servirão, igualmente, para balizar a análise sobre uma construção eficiente das cláusulas compromissórias, se endereçaram os melhores esforços para superar os desafios concretos diante do contexto fático apresentado.

Em adição à formalização das propostas, tem-se a necessidade de motivar corretamente as escolhas promovidas dentro do acordo administrativo. A alteração legislativa mais relevante sobre a ponderação e sobre a motivação está no artigo 20, caput e parágrafo único, da LINDB, que é bastante claro quando exige a consideração das consequências práticas da decisão administrativa, arrematando com a demonstração clara da adequação da medida perante as demais alternativas postas à mesa⁴²⁷. Na mesma linha, os artigos 21 e 22 do mesmo diploma normativo também suscitam a externalização das consequências de uma determinada atividade, seja quando da decisão que invalide ato, contrato, ajuste, processo ou norma, seja quando se leve a cabo interpretação de normas de gestão pública, devendo ser considerados os obstáculos reais a ser enfrentados, sem descuidar, é claro, dos direitos dos administrados.

Fica evidente a necessidade de ponderação entre soluções possíveis para uma mesma situação, escolhendo aquela que se entendeu mais pertinente. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas.⁴²⁸

Os artigos 2º, 3º e 4º do Decreto nº 9.830/2019, regulamentador da LINDB, são cristalinos ao impor ao administrador que exteriorize, na motivação, as consequências práticas que consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de direito. A Lei nº 9.784/1999 coloca como critério a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão da autoridade administrativa (art. 2º, parágrafo único, inciso VII). É dizer que o administrador deve absorver o todo apresentado, inclusive pela contraparte, para

⁴²⁷ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. / Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

⁴²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 32.

exercitar sua competência de sopesamento dos fatos⁴²⁹. Trata-se de uma atividade positiva e negativa: motivar porque entendeu seguir por um caminho e justificar porque não seguiu pelo outro caminho.

É imprescindível pontuar, assim, que o racional relativo à necessária ponderação não se aplica tão somente quando o agente público tiver que promover uma escolha entre lançar mão de um acordo administrativo ou trilhar o tradicional caminho impositivo. É preciso que a mesma dinâmica seja aplicada para construir e para motivar cada cláusula do acordo administrativo. Necessário, então, entender a regra contida no artigo 20 da LINDB olhando para dentro do acordo, trazendo-a como imperativo do devido processo legal negocial, cuja motivação deve endereçar as razões para cada compromisso assumido, revelando, de forma pontual, os porquês que levaram as partes a escolher a solução externada.

Não se trata de esforço hercúleo. Afinal, uma decisão administrativa exarada em um processo sancionador deverá relevar, ponto a ponto, as razões para o afastamento da defesa apresentada pela parte, os motivos para a aplicação da sanção e o sopesamento quanto à gradação desse sancionamento aplicado. Do mesmo modo, uma decisão administrativa expedida em um processo construtor de um regulamento deve expor as razões das regras no sentido de como foram redigidas, amparado por uma análise de impacto regulatório⁴³⁰.

Na mesma senda das citadas situações, uma decisão administrativa que opta por uma solução concertada deverá apresentar as justificativas correlatas tanto à decisão de acordar como à eleição dos compromissos. Trata-se, ao fim e ao cabo, do excelente cumprimento do dever de motivar, exigência de uma administração democrática também prevista na LINDB (artigo 20, parágrafo único). No que toca aos compromissos impostos por normativos, considerados obrigatórios – transmudando a atividade administrativa discricionária em uma atividade vinculada –, basta realizar referência ao normativo impositor. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito

⁴²⁹ “*La actuación administrativa realizada en el ámbito de decisiones valorativas viene presidida por un deber positivo de comportamiento de modo objetivo en el que se pondere y valore las diferentes opciones escogiendo por parte de la Administración la más razonable y así adoptar la solución racional mejor posible*” [Tradução livre: “A atuação administrativa realizada no âmbito das decisões valorativas é presidida por um dever positivo de comportamento de forma objetiva em que as diferentes opções são ponderadas e valorizadas, escolhendo a Administração a mais razoável, adotando, assim, a melhor solução racional possível] (AARNIO, A., 1991, p. 207 et seq. apud NAVARRO GONZÁLES, Rocío M. **La motivación de los actos administrativos**. Portada: Thomson Reuters, 2007. p. 137).

⁴³⁰ Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática de ato vinculado depende de acurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.⁴³¹

Especificamente para os acordos administrativos, é a motivação que conferirá a certeza da efetiva ponderação dos interesses envolvidos e as razões da flexibilização feita pelas partes. É a motivação que jogará luz sobre o nível de participação e de envolvimento das partes e de terceiros na construção dos acordos. É a motivação que permitirá efetuar o controle quanto à efetiva consensualidade do instrumento e quanto à correta busca (e atendimento) do interesse público encontrado naquele caso concreto⁴³². Na lição de Juliana Bonacorsi de Palma:

Talvez a principal expressão do devido processo legal na consensualidade seja o dever de aderência às obrigações pactuadas ao problema do caso concreto [...] Desse modo, o devido processo legal na consensualidade demanda que as obrigações pactuadas tenham imediata relação com o problema concreto especificado no caso. Do contrário pode-se caracterizar desvio de finalidade ou abuso de poder, com pronta anulação do acordo administrativo. Por esta razão ser imprescindível a motivação quando da celebração do acordo administrativo, motivação esta que demanda a justificativa da via escolhida para endereçar o problema concreto. Isso significa que não basta apenas que as cláusulas do acordo sejam voltadas ao problema concreto, mas que a Administração exponha as razões pelas quais o específico desenho do pacto se mostra como alternativa mais eficiente no caso concreto.⁴³³

Em resumo, não se pode falar em acordo sem que haja a construção conjunta das cláusulas ali apostas. A imposição ou mera aderência a compromissos anteriormente dispostos fere o devido processo legal negocial. Foge à lógica dos acordos, um instrumento cujas obrigações, em sua totalidade, já estejam previamente delineadas, já tenham sido previamente decididas pela autoridade administrativa. Malversa a intenção dos acordos a autoridade que, sob o argumento de haver conferido voz à contraparte, considera legítima sua decisão discricionária que nem sequer tenha considerado outros cenários além daqueles vislumbrados individualmente. Deve ser aberta a participação. Deve haver a ponderação dos fatos. Tudo isso, comprovado às claras pela formalização das propostas e pela motivação

⁴³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 115.

⁴³² Segundo David Duarte: “Os motivos da decisão consubstanciam o modo como é efectuada a valoração dos interesses em jogo no contexto decisório. Ou seja, como são ponderados e como, na sua hierarquia, é estabelecida a concreta adequação entre esses interesses e o fim a prosseguir com a decisão” (DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 187).

⁴³³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.) **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 23-24.

que, ponto a ponto, elenca as razões de cada compromisso assumido. Apenas assim estar-se-á a falar de uma atividade administrativa verdadeiramente consensual.

3.3.3 A *paridade possível*

O fato de se rechaçar a existência abstrata e apriorística de um interesse público superior, culminando na necessidade de sopesamento dos interesses envolvidos na negociação de um acordo administrativo, pressupõe existir uma paridade quanto à importância dos interesses que são colocados à mesa, revelando que o afastamento do interesse do particular ocorrerá apenas “se houver um interesse público bastante e suficiente que justifique tal sacrifício”⁴³⁴.

Nesse quesito, não se refutam, de maneira antecipada, interesses que sejam benéficos ao particular ou cuja salvaguarda tenha sido proposta pela parte privada, dado que as proposições da negociação devem ser recebidas com igual relevância, e sua preponderância será avaliada, fundamentadamente, no caso concreto.

No mesmo sentido, o fato de ser exigida uma postura imparcial do acordante quanto àquele com quem se negocia faz que ambas as partes detenham posição de igual valia na negociação diante das proposições realizadas, dado que, conforme explica Marçal Justen Filho, “nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica absolutamente privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais”⁴³⁵.

É evidente que a Administração Pública está vinculada àquilo que está disposto no ordenamento jurídico quanto ao acordo que se pretende celebrar, o que pode reduzir o escopo da negociação. Contudo, naquilo que for possível flexibilizar, não há motivos para dar tratamento adverso a depender de quem estiver sentado do outro lado da mesa. Todas as partes envolvidas e todas as proposições realizadas devem ser tratadas de maneira igualitária. No que toca à análise normativa, não foram encontradas menções que pudessem ser interpretadas como implementação da paridade⁴³⁶.

⁴³⁴ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Acordo Administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 72.

⁴³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 151.

⁴³⁶ Apesar de o Código de Processo Administrativo italiano dispor, no item 1 do artigo 2, que o processo implementa os princípios da paridade das partes, do contraditório e do devido processo, a paridade se assemelha

A relação paritária entre as partes é comumente estudada com base na posição que elas ocupam perante o Direito, conformador dessa relação. Estando ambas submissas ao ordenamento jurídico, que prevê reciprocidade de direitos e sujeições, as partes se encontram em posição de igualdade no tocante à deferência para com essas normas. Na lição de Pedro Machete, a mencionada reciprocidade de direitos e deveres dos quais o particular e a Administração são titulares fomenta o diálogo e o consenso a fim de que se resolvam conflitos de interesses que possam existir entre as partes⁴³⁷. Na mesma toada, Marzia De Donno diz que, a partir do princípio da participação – instituto necessário para conferir uma leitura constitucional da relação entre Estado e cidadão, que os colocou em posição de igualdade e dignidade jurídica paritária –, o acordo administrativo surge como ferramenta a serviço da lógica da eficiência e gestão de resultados⁴³⁸.

Assim, em oposição a uma relação de supremacia administrativa, na qual naturalmente o particular estaria em posição de subordinado, a paridade pelo Direito, em uma perspectiva democrática, coloca o particular e a Administração Pública lado a lado na sujeição a essas normas, sendo que a última somente poderá exercitar seus poderes no limite daquilo que foi determinado pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Pedro Machete:

A ideia de uma paridade jurídica cidadão-Estado não deve suscitar equívocos. O que está em causa é a diferença entre a perspectiva autoritária em que o cidadão se encontra sistematicamente numa posição de subordinação à Administração, entendida esta como uma realidade dotada de uma “mais valia” jurídica – justamente a natureza de poder – que legitima a supremacia das suas decisões, de tal modo que, por princípio, aquelas valem por si mesmas; e uma perspectiva de legalidade democrática, em que a Administração, tal como os particulares, apenas pode exercer os poderes jurídicos que normativamente lhe hajam sido concedidos; aquela e estes estão, todos, e em igual medida, subordinados à lei e ao direito.⁴³⁹

mais com o princípio da igualdade das partes privadas perante a Administração do que com a paridade entre a entidade pública e o interessado privado. (ITALIA. **Il Codice del processo amministrativo**.

Disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/il-codice-del-processo-amministrativo1>. Acesso em: 30 nov. 2020.)

⁴³⁷ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 445-447.

⁴³⁸ Tradução livre de: “*Da espressione del principio di partecipazione, da istituto necessario per una lettura ‘costituzionale’ dei rapporti tra Stato e cittadino, ricollocato finalmente su un piano di uguaglianza e di pari dignità giuridica, gli accordi amministrativi sono divenuti nel tempo, anzitutto, uno strumento a servizio della logica efficientista dell’amministrazione di risultato, un mezzo necessario per sopperire alle esigenze economiche imposte da una nuova crisi*” (DONNO, Marzia De. Nuove prospettive del principio di consensualità nell’azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati. *Federalismi.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n. 6, 2018. Disponível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/de-d/de-donno_federalismi_6_2018.pdf. Acesso em: 16 fev. 2019).

⁴³⁹ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 457.

Trata-se, assim, de uma igualdade meramente formal⁴⁴⁰, que nega uma supremacia a priori, mas cujo conteúdo é diferente em cada caso, dado que o próprio ordenamento jurídico preverá direitos e deveres distintos para cada parte. Significa dizer, pois, que no quesito material – não de deferência geral ao Direito, mas de respeito às normas específicas direcionadas a cada parte – cidadão e Administração não estarão em completa igualdade, dado serem conformados por regras e princípios diferentes.

Dessa forma, o fato de a Administração Pública passar a negociar com o particular, em uma atividade eminentemente privada, não a coloca em paridade substancial com o cidadão⁴⁴¹. Em verdade, conforme explicita Patrícia Baptista, sendo o consenso uma forma de exercício da função administrativa, a Administração Pública não perde seu papel de cuidadora do interesse público, renunciando às prerrogativas que lhes são conferidas para essa finalidade, resultando que “mesmo na busca do consenso a Administração não chega ao ponto de ficar em posição de absoluta igualdade com o particular”⁴⁴².

No mesmo sentido advoga Luciano Parejo Alfonso, para quem, mesmo na seara de um acordo administrativo, a Administração não perde seu vínculo com o interesse público e, por isso, ela e o particular não sustentam posição de completa igualdade. A Administração

⁴⁴⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e consenso na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 519.

⁴⁴¹ Na explicação do autor, a igualdade substancial estaria no fato de a Administração, na seara negocial, atuar com liberdade, igualdade e concorrência. Contudo, como visto, a Administração nunca estará em liberdade total, dado que vinculada ao atingimento do interesse público. Em suas palavras: “*Poderes y derechos, en fin, que están regulados por las mismas normas que regulan el ejercicio de análogos poderes y derechos por parte de los particulares, normas llamadas de Derecho privado en cuanto regulan esencialmente a los sujetos privados, de manera que la actividad que constituye el ejercicio de los citados poderes está regulada por el Derecho privado, considerándose, por lo tanto, por la doctrina, como actividad privada, en antítesis a la actividad pública, que es ejercicio de funciones soberanas. Es, pues, actividad privada en cuyo ejercicio la Administración se encuentra en posición de paridad con los otros sujetos. Por lo tanto, desde el punto de vista sustancial, la Administración lejos de poder imponer al particular su voluntad, debe negociar al mismo nivel juicio del particular, en régimen de libertad, igualdad, y concurrencia. Desde el punto de vista formal, pues, la Administración no puede valerse para ejercicio de estos poderes u derechos sino de medios jurídicos puestos a disposición de los sujetos jurídicos por el derecho privado*” [Tradução livre: “Poderes e direitos, por fim, que são regulados pelas mesmas regras que regulam o exercício de poderes e direitos semelhantes pelos indivíduos, regras chamadas de direito privado na medida em que regulam essencialmente os sujeitos privados, de modo que a atividade que constitui o exercício das referidas competências é regulada pelo direito privado, sendo considerada, portanto, pela doutrina, como uma atividade privada, em antítese à atividade pública, que é o exercício de funções de soberania. É, portanto, atividade privada em cujo exercício a Administração se encontra em posição de paridade com os demais sujeitos. Portanto, do ponto de vista substancial, a Administração, longe de poder impor sua vontade ao indivíduo, deve negociar na mesma instância judicial do indivíduo, em regime de liberdade, igualdade e concorrência. Do ponto de vista formal, portanto, a Administração não pode utilizar, para o exercício dessas atribuições ou direitos, de meios jurídicos que não aqueles postos à disposição dos sujeitos jurídicos pelo direito privado] (ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Traducción Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Casa Editorial, 1970. p. 212).

⁴⁴² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 277.

Pública “não se limita a deter um ‘interesse de parte’, uma vez que continua a ser a gestora do interesse geral”⁴⁴³.

De fato, não se refuta que a Administração Pública busca a satisfação mais eficiente do interesse público ao negociar um acordo administrativo, e que o particular tenta melhor endereçar seus interesses privados ao perquirir uma flexibilização por parte da autoridade pública. Nada obstante a isso, entende-se, porém, que o particular, ao ingressar numa negociação com a Administração Pública, também fica vinculado à satisfação de interesses gerais. Ou seja, não só à Administração fica a responsabilidade de atendimento ao interesse público: o particular, em colaboração como parte do acordo, acaba por igualmente fomentar essa finalidade.

Ora, se na paridade o cidadão e a Administração Pública se encontram em posição de sujeição ao Direito; se o Direito prevê direitos e deveres recíprocos entre as partes; se o acordo é uma ferramenta de encontro de vontades em prol de um objetivo em comum, é possível vislumbrar uma paridade que vai além do nivelamento da Administração Pública para com o particular, em que o poder público se coloca ao lado do cidadão, reconhecendo-lhe direitos e flexibilizando prerrogativas na negociação. Existe também, na paridade, o movimento de nivelamento do cidadão para com a Administração Pública, em que o particular se coloca ao lado do poder público no respeito ao interesse coletivo. Trata-se de decorrência lógica do dever de colaboração entre as partes: o desafio de uma delas torna-se o desafio de ambas, no sentido do esforço conjunto pela busca de superação.

Sendo a Administração Pública parte na negociação e tendo ela o dever de salvaguardar a interesse público – o particular se vê vinculado ao seu respeito, seja quanto a parcela inegociável do acordo, seja pela finalidade com a qual a Administração Pública negocia, buscando a maior satisfação desse interesse geral. Assim, ainda que o escopo primário do cidadão, no acordo, seja a satisfação de interesses privatísticos, este não foge ao interesse público que permeia o acordo em vista da presença da Administração Pública.

Frise-se: não existe interesse público superior a priori. Mas, se na ponderação a proposta da Administração Pública prevalecer (e tendo ela sido feita visando a melhor

⁴⁴³ Nas palavras do autor: “*Siendo esto así, el punto de partida de la solución no puede ser otro que el de la constatación de que, no obstante, la naturaleza contractual del acuerdo administrativo consensual, en él la Administración no pierde en modo alguno su conexión y, por ello mismo, su vinculación total al interés general y al ordenamiento jurídico. En la relación jurídica configurada por dicho acuerdo, pues, la Administración no ostenta simplemente un ‘interés de parte’, pues sigue siendo gestora del interés general*” (PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y Administración**: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p. 211).

proteção do interesse público), o particular passa a ficar automaticamente vinculado à sua satisfação, como decorrência do compromisso posto na redação final do acordo.

E não apenas isso, mas sendo o instituto do acordo um meio para chegar a uma finalidade em comum, e sendo a finalidade da Administração a atuação em prol de um interesse geral, o particular passa natural e voluntariamente a colaborar (através do dever de colaboração ínsito ao acordo) para o alcance de tal finalidade, em cumprimento aos deveres de reciprocidade do acordo administrativo.

Dessa maneira, ao passo que a Administração Pública deve se tornar permeável e flexível para compreender e abraçar os limites e capacidades do particular dentro do acordo administrativo, o particular deve igualmente compreender e abraçar os limites e capacidades da Administração.

Nesse diapasão, na visão de Pedro Machete, outro aspecto que inspira a paridade entre as partes, para além da sujeição delas ao Direito, é que, constitucionalmente, o Estado “se funda na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, então é o homem quem está no princípio e no centro do ordenamento jurídico do Estado e este último existe por causa do homem e para o homem” – e, por isso, um se apresenta ao outro como titular de deveres e direitos recíprocos⁴⁴⁴. Dentro do acordo, a reciprocidade está em a Administração e o particular reconhecerem um ao outro como titulares de direitos, equilibrando-os de forma consensuada. E disso decorre uma ponderação capaz de servir à análise das capacidades de ambos os lados. O autor, citando Feliciano Benvenuti, demonstra ser possível, assim, que o particular também trabalhe em prol do interesse público⁴⁴⁵. Nas palavras de David Duarte:

A obrigação de colaboração na realização de uma decisão correcta, no sentido em que gera consenso e atinge eficientemente o interesse público, demonstra que há uma partilha de responsabilidade entre todos na tarefa de decisão, que não é mais do que um vínculo colectivo de realização do bem comum (*Gemeinwohlfindung*).⁴⁴⁶

Tal reciprocidade é ainda fomentada pela paridade decorrente da aplicação do princípio da solidariedade, em um senso de compartilhamento de atribuições. Além de o princípio ser aplicado de forma indistinta, ao público e ao privado⁴⁴⁷, a solidariedade

⁴⁴⁴ MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 444-445.

⁴⁴⁵ BENVENUTI, Feliciano. *Disegno della amministrazione italiana: linee positive e prospettive*. Padova: CEDAM, 1996. p. 241-242 apud MACHETE, op. cit., p. 449.

⁴⁴⁶ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 170.

⁴⁴⁷ “*Nous ne pouvons admettre une distinction ainsi comprise du droit public et du droit privé [...] La règle de droit qui s'impose aux gouvernants est la même que celle qui s'impose aux gouvernés. Dans les rapports des*

expressa, nas palavras de Roberto Dromi, um equilíbrio entre os homens e as instituições, “que defende e protege o patrimônio individual e coletivo. É a demonstração de compromisso com sacrifícios compartilhados”⁴⁴⁸. Essa corresponsabilidade representa, então, na explicação de Xavier Mendoza e Alfred Vernis, tomar consciência dos objetivos em comum, assumindo e articulando responsabilidades para a concretização desses objetivos, substituindo a relação de desconfiança por uma atitude de diálogo e cooperação, conforme se defende até o momento⁴⁴⁹.

Em resumo, a paridade possível dentro do acordo administrativo é aquela que sobreleva a importância de avaliar e ponderar todos os interesses envolvidos na negociação, afastando uma supremacia apriorística do interesse público. É aquela que impõe imparcialidade aos negociantes, cuja presença não deve influenciar na propensão de negociar; e é aquela que impõe reciprocidade aos acordantes ao reconhecerem-se como sujeitos de direitos, permitindo colaborarem um com o outro no atingimento de suas

gouvernants avec les gouvernés et dans les rapports des gouvernés entre eux, il n'y a et il ne peut avoir qu'une règle de droit toujours la même: coopérer à la solidarité sociale” (DUGUIT, León. **Manuel de Droit Constitucional**. 4. ed. Paris: E. de Boccard Éditeur, 1923. p. 42-43).

⁴⁴⁸ “*El constitucionalismo de la realidad incorpora expresamente la solidaridad como nuevo valor. Ella es la nueva concepción de la igualdad, sustentada sobre los principios de la seguridad jurídica. El constitucionalismo del porvenir no debe constituir una exaltación de lo individual, sino un equilibrio entre el hombre y las instituciones. El principio básico de la organización social y política democrática es el límite a las libertades para la defensa de las demás libertades. La solidaridad es la expresión de un valor político nuevo, renovado, que defiende y tutela tanto los bienes individuales como los colectivos. Es la demostración del compromiso de los sacrificios compartidos; por ello, la juridización de la solidaridad es el valor bautismal del constitucionalismo de la verdad*” [Tradução livre: “O constitucionalismo da realidade incorpora expressamente a solidariedade como um novo valor. Ela é a nova concepção de igualdade, baseada nos princípios da segurança jurídica. O constitucionalismo do futuro não deve constituir uma exaltação do indivíduo, mas um equilíbrio entre o homem e as instituições. O princípio básico da organização social e política democrática é o limite das liberdades para a defesa de outras liberdades. Solidariedade é a expressão de um valor político novo e renovado que defende e protege os bens individuais e coletivos. É a demonstração do compromisso de sacrifícios compartilhados. Por isso, a legalização da solidariedade é o valor baptismal do constitucionalismo da verdade”] (DROMI, Roberto. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 28).

⁴⁴⁹ “*El término corresponsabilidad comporta, en primer lugar, tomar conciencia de objetivos comunes e identificarlos adecuadamente; en segundo lugar, la Asunción de responsabilidades concretas en su consecución; y, en tercer lugar, la articulación efectiva de las responsabilidades asumidas por cada una de las partes. Plantear la relación entre Estado y sociedad en términos de corresponsabilidad significa, pues, abandonar la desconfianza propia del Estado de bienestar y sustituir-la por una actitud decidida de diálogo y cooperación*” [Tradução livre: O termo corresponsabilidade envolve, em primeiro lugar, tomar consciência dos objetivos comuns e identificá-los adequadamente; em segundo lugar, a assunção de responsabilidades concretas na sua concretização; e, em terceiro lugar, a articulação efetiva das responsabilidades assumidas por cada uma das partes. Colocar a relação entre Estado e sociedade em termos de corresponsabilidade significa, portanto, abandonar a desconfiança do Estado Providência e substituí-la por uma atitude decisiva de diálogo e cooperação] (MENDOZA Xavier; VERNIS, Alfred. *El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas*. In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (eds.). **Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI**. Catalunya: Generalitat de Catalunya, 2008. p. 52).

finalidades, seja flexibilizando para atender a uma limitação de capacidade privada, seja anuindo com um dever que atenderá de melhor maneira o interesse público.

3.3.4 As soluções criativas

A partir da participação e da ponderação dos interesses que culminam em um legítimo esforço conjunto de construção das soluções consensuadas, chega-se ao momento de concretizá-las através das cláusulas do acordo, cujo caráter deve ser essencialmente criativo.

A ideia de uma atividade administrativa criativa pode ser recebida com desconfiança não somente pelos arraigados à legalidade estrita e à vinculação, mas igualmente pelos preocupados com a discricionariedade, a segurança jurídica e o controle do acordado. Conforme colocado por Fábio Henrique Falcone Garcia ao comentar os estudos preliminares aos dispositivos incluídos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018:

Trata-se, aqui, da flexibilização da normatividade geral em favor de soluções casuísticas, que levam em consideração a situação concreta e os sujeitos envolvidos. Preocupa a possibilidade de se convolar em instrumento de violação à impessoalidade, com modificação de situação jurídica irregular de maneira personalizada, já que não há parâmetros normativos objetivos para balizar os termos do compromisso.⁴⁵⁰

Contudo, o dever de criatividade pode ser facilmente vislumbrado quando se trata do devido processo legal negocial. Isso porque a matriz processual negocial que se intenta implementar difere da concepção tradicional de “leis processuais que se embasam em um esquema judicial típico da função de garantia de direitos, que embora eficazes para resolução de conflitos, não servem para muitos outros cenários, ainda mais, aquelas áreas em que o processo tenha função criativa ou inovadora”⁴⁵¹.

Nesse caso, nem sempre a solução irá derivar de uma lei formal. A premissa da criatividade está na ausência de modelos que devam pautar a solução construída pelas partes. Cada espécie de acordo administrativo serve a uma finalidade, e cada uma dessas finalidades

⁴⁵⁰ GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Apontamentos sobre a (ir)racionalidade jurídica e a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 45-46.

⁴⁵¹ Tradução livre de: “*Las leyes de procedimiento se recrean, en efecto, en un esquema judicial, propio de la función de garantía de los derechos que, aunque apto para la resolución de determinados conflictos, no sirve, sin embargo, para otros muchos escenarios, más aún, en aquellos ámbitos en los que el procedimiento posee una función creativa o innovadora [...]*” (BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. In: BARNES, Javier. **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 20-21).

enfrenta outros tipos de variáveis – por exemplo, a política pública que se deseja implementar (acordos com vistas a melhorar a educação, a integrar a saúde, a proteger o meio ambiente); o serviço público objeto do acordo (substituição de sanções na área de telecomunicações ou na área audiovisual); a capacidade das partes (entidades públicas com mais ou menos capacidade institucional ou particulares com mais ou menos capacidade financeira ou tecnológica) e os interesses envolvidos, que se alteram no tempo e no espaço.

Nessa toada, a criatividade está voltada a conferir maior eficiência às escolhas administrativas, que, por sua vez, derivam da ponderação sobre as variáveis do caso concreto. A criatividade é, pois, a liberdade que as partes detêm para customizar os compromissos assumidos naquele caso específico, dando-lhes maior efetividade. São *agreements by design*, escolhidos em razão da realidade circundante no momento da celebração do acordo, já que o instrumento tem por essência conferir soluções ou saídas para questões concretas. Na lição de Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma ao analisarem o artigo 26 da LINDB, o relacionamento do acordo com o caso concreto é imprescindível, dado que as obrigações devem ser “necessariamente aplicadas para a resolução do problema de fundo”⁴⁵², perdendo a validade o compromisso que “deixa de se voltar às circunstâncias práticas que determinam a sua celebração, considerando a relação finalística que a LINDB apresenta”⁴⁵³.

Igualmente, se extrai da atividade criativa a solução que confere maior equidade, maior justiça ao caso concreto, pois, como explica Miguel Reale, “se amenizam as conclusões esquemáticas de regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-la às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social”⁴⁵⁴. Assim, em oposição a um interesse público genérico, a atividade criativa – dentro dos limites legais – acaba sendo “constitutiva do interesse público, comportando discussão e avaliação no contexto dos pressupostos aplicáveis na situação considerada”⁴⁵⁵, conforme Marçal Justen Filho.

Exemplifica-se. Em um mesmo acordo substitutivo de sanção na seara de telecomunicações, as partes têm liberdade para criar obrigações relativas à instalação de telefones públicos – priorizando a universalização do serviço – ou podem criar obrigações

⁴⁵² GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 160.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 162.

⁴⁵⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 298-299.

⁴⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 54-55.

de modernização da tecnologia utilizada (mudança de cabo para fibra ótica, alteração do 3G para 4G ou 5G), priorizando a qualidade do serviço. Isso dependerá das necessidades concretas de cada caso: é possível que o processo sancionatório dentro do qual o acordo tomou lugar envolvesse falhas do serviço em locais remotos, aldeias indígenas ou localidades fronteiriças que seriam mais bem atendidos pela universalização; é possível que, ainda que o processo envolva tais localidades, após a oitiva da população interessada, se dê preferência ao aumento da tecnologia; é possível que, em razão da geografia do local, não seja possível essa alteração de tecnologia nas antenas já instaladas (pois as frequências não irradiam de forma satisfatória), sendo necessário encontrar novos arranjos que permitam conferir maior qualidade à população local (como instalação de mais antenas ou o aluguel de antenas de outras operadoras).

Diferentemente do processo administrativo comum, o itinerário negocial é único, é particularizado, e “foge das fórmulas binárias do tipo proibido *versus* permitido, para endereçar soluções pragmáticas, cujas cláusulas de fazer e de não fazer se mostram mais adequadas à resolução do problema que enseja a atuação administrativa”⁴⁵⁶. Em razão da ausência de fórmulas específicas, “a consensualidade permite alcançar decisões mais criativas, aderentes ao caso concreto e menos litigiosas”⁴⁵⁷.

Significa dizer que, enquanto o processo administrativo clássico, com alta carga litigiosa, apresenta caráter defensivo diante das demandas e busca conferir respostas que já estão formuladas previamente no ordenamento jurídico, limitando-se a aplicar o que a lei já dispõe⁴⁵⁸, o processo administrativo negocial, sem descuidar do respeito à juridicidade, apresenta um caráter positivo, flexível, informativo, de gestão, projetado para o futuro⁴⁵⁹, que demanda uma atividade proativa e criativa para ser eficiente perante os problemas complexos que não encontram soluções previamente definidas no ordenamento jurídico.

Bem explica Eurico Bitencourt Neto:

Tal espécie procedimental não se constitui numa simples sucessão de atos preparatórios de uma decisão administrativa final, mas em instrumentos para buscar soluções concretas para questões complexas, nos quadros de uma

⁴⁵⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos Substitutivos dão mais Eficácia ao Direito da Concorrência? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014a. p. 187.

⁴⁵⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014b. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014b. p. 368.

⁴⁵⁸ BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier. **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 47.

⁴⁵⁹ PALMA, 2014a, p. 217.

legalidade mais ampla e mais imprecisa. Como tal, o procedimento administrativo da nova Administração Pública tem como função balizar a atuação administrativa em situações de incerteza, de risco, de complexidade, em que a lei não tem como oferecer à Administração soluções predefinidas. Trata-se de procedimento de direção, de *indirizzo*, predeterminando requisitos e balizas para atuações administrativas, numa regulação mais aberta e flexível porque não pressupõe que a atividade administrativa se resuma a uma mecânica de aplicação do direito material.⁴⁶⁰

As possibilidades são infinitas. É claro que, a depender do tipo de acordo administrativo e do detalhamento que o ordenamento confere ao seu objeto, ele terá maior ou menor caráter criativo. Mas fato é que sempre deverá existir espaço para criação, ainda que restrito.

No que toca aos normativos pátrios, a ausência de previsões sobre a atividade administrativa criativa não surpreende. O mesmo se diga quanto aos normativos alienígenas. Cite-se como exemplo o Decreto nº 8.726/2016, que regulamenta a Lei nº 13.019/2014, traz a criatividade como um critério de julgamento para a celebração de parcerias, demonstrando abertura à experimentação de novos arranjos. Os demais normativos que carregam instrumentos consensuais são silentes quanto a criação de soluções. No entanto, ainda assim é possível defender sua existência quando esses normativos não esgotam o conteúdo do acordo e permitem que a parte faça proposições, ainda que estas possam vir a ser ajustadas pela autoridade pública.

A oposição a um modelo mais objetivo para a solução dos problemas pode trazer dúvidas quanto ao limite da discricionariedade administrativa e sobre o controle dos acordos. O instrumento a conferir segurança na obtenção de soluções concretas inovativas será o próprio processo negocial. É o itinerário – que demanda colaboração, ponderação, participação, motivação, transparência – que conferirá meios para averiguar sobre a legitimidade e legalidade do compromisso, como foi mencionado no item anterior. Em verdade, a criatividade ficou resguardada inclusive no âmbito do processo administrativo comum, conforme disposto na Exposição de Motivos apresentada no Projeto de Lei nº 2.464/1996, que culminou com a promulgação da Lei nº 9.784/99:

Adotou a Comissão, como regra, o modelo de uma lei sóbria, que, atendendo à essencialidade na regulação dos pontos fundamentais do procedimento administrativo, não inviabilize a flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário, em medida compatível com a garantia de direitos e liberdades fundamentais.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 55.

⁴⁶¹ BRASIL. Exposição de motivos nº 548, de 30 de setembro de 1996, do Sr. Ministro da Justiça e da

No mesmo sentido, como ensinam Sérgio Ferraz e Adílson de Abreu Dallari, aos próprios processos administrativos comuns já se rechaçavam modelos predeterminados, demonstrando que a atividade administrativa particularizada, sem fórmulas genéricas, sempre foi bem-vinda à eficiência, à transparência e à justiça administrativa:

Atualmente, em todas as esferas decisórias, inclusive as judiciais, em função das facilidades proporcionadas pela eletrônica, tem ocorrido com lastimável frequência a utilização de modelos adrede preparados, de relatórios padronizados ou fundamentações genéricas, universais, que são simplesmente adaptadas ao específico caso a ser decidido, sem, entretanto, atentar para as suas especificidades e sem fornecer elementos seguros e suficientes para que o interessado possa, efetivamente, saber as razões e os motivos, de fato e de direito, que levaram à decisão.⁴⁶²

Sobre a atividade criativa, em primeiro lugar, não se pode perder de vista a congruência que os compromissos assumidos devem ter com a finalidade que se deseja atingir. Logo, inválido o compromisso que não se coadune com o objeto do acordo.

Uma ressalva merece ser brevemente pontuada. Nos casos de ajustes de conduta, nem sempre o objeto do acordo se limita às irregularidades que se deseja ajustar⁴⁶³. Para além delas, há também um esforço de melhora em todo o serviço público envolvido. Nesse sentido, é possível que existam compromissos não necessariamente atrelados às irregularidades constatadas, mas que não deixam de ser congruentes exatamente em razão da melhoria trazida ao serviço em si e dos benefícios carreados aos usuários.

O nexos causal entre o caso concreto e a solução encontrada sempre foi realidade nos processos administrativos. A Lei nº 9.784/99, além de prever a adequação entre os meios e os fins (art. 2º, parágrafo único, inciso VI), traz a congruência como um aspecto da

Administração Federal e Reforma do Estado. **Diário da Câmara dos Deputados**, 14 nov. 1996. p. 29718. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14NOV1996.pdf#page=65>. Acesso em: 1 out. 2020.

⁴⁶² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 240.

⁴⁶³ É o caso, por exemplo, da Anatel (Res. nº 629/2013), da Ancine (IN nº 118/2015) e da Anac (Res. nº 199/2011), respectivamente:

“Art.18 [...] § 1º Os compromissos adicionais terão delimitados a área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas, e poderão dispor, total ou parcialmente, acerca de outros fatos e serviços de telecomunicações não diretamente relacionados às irregularidades constatadas.”

“Art. 14. O agente econômico ao celebrar TAC obriga-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos objeto do TAC; II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os danos delas decorrentes; III – executar ações que impliquem benefícios ao setor regulado e/ou melhorias de serviços, quando cabível.”

“Art. 2º O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC é o instrumento celebrado entre a ANAC e os agentes por ela regulados, no qual são definidas medidas corretivas e prazos a serem observadas pelos agentes com vistas a adequar a sua conduta: I - às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou II - às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo.”

motivação (art. 50, § 1º). A mesma previsão foi repetida no Decreto nº 9.830/2019, regulamentador das alterações feitas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, dispondo que a motivação da decisão apresentará congruência entre as normas e os fatos (art. 2º, § 2º). Para além da congruência, o Decreto também trouxe outros muitos requisitos para a construção de uma digna motivação, bastante pertinentes para conferir clareza e segurança jurídica suficiente à decisão administrativa, como a contextualização dos fatos, as normas, doutrina e jurisprudência que a embasam, previsão sobre as consequências práticas da decisão, possíveis alternativas aventadas etc. Dado que tal motivação é obrigatória também para as decisões que escolham celebrar os acordos previstos no artigo 26 da LINDB (art. 10, § 1º), conclui-se que nenhuma solução, consensuada ou vertical, pode ser dissociada dos fatos debatidos.

Sem congruência, não há eficiência dos compromissos assumidos. Tal congruência será obtida por meio da participação dos interessados – seja da contraparte, seja de terceiros afetados –, que darão clareza aos interesses que estão em jogo e evitando o *arm twisting*. Na sociedade pluriclasse, complexa, fragmentada, a melhor motivação é aquela que deriva da leitura dos interesses envolvidos, manifestados através da participação.

Não se exclui ser possível à Administração Pública, sozinha, ser capaz de enxergar os interesses envolvidos, ponderá-los e emitir motivadamente uma decisão unilateral tão eficiente quanto aquela que adveio da negociação entre as partes. Repita-se: é possível, mas não é provável que ela o faça⁴⁶⁴. Por esse motivo que se opta pela concertação em oposição à atividade unilateral, dado que a participação é requisito intrínseco ao acordo, não o sendo para os atos unilaterais. Nas palavras de David Duarte:

É esta natureza interactiva da participação, no sentido em que é através do diálogo procedimental que se amplia sinergicamente o campo de interesses, que revela o fornecimento de informação como uma função de transferência de factos e interesses. Uma parte significativa do material de ponderação, pressuposto para que se possa atingir uma decisão correcta, depende do alargamento do campo de interesses que é propiciado pela participação.⁴⁶⁵

A participação que garante a congruência na criação dos compromissos é limitadora da discricionariedade administrativa, funcionando igualmente como uma forma de controle. Repita-se: a Administração Pública passa a dividir a responsabilidade de estabelecer qual

⁴⁶⁴ Seja por falta de força de trabalho que possa impactar na celeridade ou eficiência da atividade administrativa, seja por falta de informações necessárias à realização de tal ponderação, seja porque a autoridade pública entende ser a exclusiva emissária do interesse público, sem a necessidade de avaliar outros fatores, dentre outras variáveis.

⁴⁶⁵ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 175.

interesse público deverá ser atendido naquele caso específico. Nas palavras de Sérgio Guerra, a Administração não detém exclusividade no estabelecimento do interesse público, e por isso “a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade”⁴⁶⁶.

Por fim, dado o particularismo de cada caso, seria possível falar em precedentes na seara dos acordos? A resposta é positiva. A segurança jurídica e a proibição do *venire contra factum proprium* evita distorções entre soluções em uma situação semelhante. Ademais, mostra-se produtivo aplicar soluções que se revelaram eficientes em casos similares, expandindo seus benefícios. Assim, interessados podem exigir que se aplique uma mesma solução bem-sucedida para tratamento de resíduos sólidos em sua região ainda não plenamente atendida por essa política pública. Do contrário, caso a eficiência não tenha atendido as expectativas ou não tenha sido tão expressiva, não há óbice para que os compromissos sejam remodelados para o futuro, motivadamente. Na explicação de Mônica Bandeira de Mello Lefèvre:

O sistema jurídico acaba por consagrar uma verdadeira proibição ao comportamento contraditório, o que obsta que a atuação dos agentes estatais viole a confiança do particular quanto à manutenção do sentido objetivo da conduta adotada em face do caso concreto. Como decorrência, a proteção da confiança passa a ser vista como um direito do administrado. [...] Por óbvio, isso não significa que o gestor público estará permanentemente vinculado a um determinado posicionamento ou que fica impedido de alterar seu padrão de comportamento. Significa apenas que a adoção de postura diversa daquela esperada que 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 a existência de uma justificativa válida e legítima para tanto.⁴⁶⁷

De toda forma, existem informações, arranjos ou blocos suficientemente objetivos que podem ser clamados por aquele que celebra um acordo semelhante a outro que já tenha sido firmado. Em outro exemplo, imagine-se que uma multa será substituída por compromissos de ampliação do serviço público, que demanda expansão de infraestrutura em determinadas localidades. Os valores médios para a implementação dessa infraestrutura devem ser os mesmos para todas as empresas que se encontrem em idêntica situação (em

⁴⁶⁶ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237.

⁴⁶⁷ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A interpretação normativa e a necessária consideração dos direitos dos administrados. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 179-180.

trâmites de substituir uma multa por serviços no mesmo tempo-espço), independentemente do porte financeiro delas. Trata-se, como dito, de um dado objetivo para o qual que não se vislumbram razões de alteração. O que porventura se poderia modificar nesse cenário é o tempo de implementação da expansão do serviço, que pode ser maior para empresas menores, diluindo no tempo os aportes financeiros necessários.

Do exposto, conclui-se que a atividade criativa é ínsita à atividade consensual. A importância desse reconhecimento ostensivo demonstra que, por esse motivo, não existem razões para temores ou para qualquer tipo de paralisia por parte do agente público. Sua função aqui é buscar, junto com a contraparte, as soluções que melhor ordenem, regulem, orientem o caso concreto, especialmente nas situações em que não existam soluções pré-formuladas no ordenamento jurídico. A flexibilidade do acordo reside especialmente na possibilidade de moldar as conclusões de forma particular. Logo, é esperado que haja uma discricionariedade ativa, uma postura proativa e propositiva, cuja legitimidade está devidamente resguardada pela motivação, pela transparência e pela congruência com os interesses surgidos ao longo da negociação.

3.3.5 A influência de terceiros

Os acordos administrativos podem impactar terceiros que não estão diretamente envolvidos na relação consensual travada.

Até o presente ponto, tem-se dissertado sobre a necessidade de ponderar os interesses envolvidos no acordo administrativo, a fim de que as partes construam conjuntamente soluções criativas que serão mais eficientes para enfrentar o objeto em debate. Tudo isso foi feito sob o enfoque exclusivo dos celebrantes do acordo. Mas e quando o objeto em debate venha a impactar terceiros?

Se um dos principais focos do devido processo legal negocial – e do consensualismo *per se* – é alcançar resultados céleres, econômicos e efetivos no caso concreto, outra não poderia ser a conclusão senão a necessidade de participação dos terceiros interessados nos acordos que carreguem compromissos destinados a eles. Isso fica bastante evidente quando o artigo 9º da Lei nº 9.784/1999 dispõe que são legitimados como interessados no processo administrativo aqueles que têm direitos e interesses que possam ser afetados pela decisão⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ A regra do artigo 9º da Lei nº 9.784/1999 também é uma constante nos normativos processuais alienígenas, que classificam como interessados no processo administrativo aqueles que possam ter interesses ou direitos

Ora, como largamente debatido, a participação processual é garantia da democratização das decisões tomadas pela Administração Pública (sozinha ou em conjunto com a contraparte do acordo), fazendo do interessado um sujeito de direitos fundamentais – e não um mero súdito – capaz de alimentar as partes de informações que poderão pautar as negociações e as finalidades que se deseja extrair do acordo.

Em repetição, a discricionariedade administrativa é voltada a um escopo específico que se pretende atingir com a celebração do acordo. Se esse escopo for afetar uma determinada parcela da população, portanto, não há como negar a esta o direito de expor demandas que lhe tragam melhor proteção. Nesse quesito, da mesma forma que a parte celebrante, o terceiro diretamente afetado tem o mesmo direito subjetivo de influenciar na tomada de decisão que está em negociação. Na explicação de Fabrizio Facchia:

Se os procedimentos têm a intenção de extrair a melhor decisão possível, a participação deve ser considerada como um modo de aumentar a gama de elementos que as autoridades devem levar em consideração no exercício de seu poder discricionário. A boa administração também significa decidir com base em informações completas.⁴⁶⁹

Na explicação de José M. Sérvulo Correia, ao expor sobre o direito de participação procedimental previsto no Tratado da União Europeia, a boa administração passa a ser aquela que confere a todos um tratamento equitativo que, por sua vez, garante a oitiva da parte que possa vir a ser afetada desfavoravelmente por uma decisão:

Com efeito, o (epigrafado de forma questionável) “Direito a uma boa administração” engloba, no seu artigo 41º, n.º 2, alínea a), o direito a um tratamento equitativo (*fair*, na versão inglesa) por parte das instituições da União. E este compreende por seu turno “o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente”.⁴⁷⁰

afetados pela discussão ali travada. Assim o é no artigo 68º do Código de Procedimento Administrativo português; no artigo 4, item “c”, da Lei nº 39/2015 espanhola; no artigo 9 da Lei 241/1990 italiana; no item 2 do artigo 13 da *VwVfG* e no artigo L134-2 do Código francês que pauta as relações da Administração Pública.⁴⁶⁹ Tradução livre de: “*If procedures are aimed at getting the best decision possible, participation has to be considered in such a way as to enhance the range of elements that authorities have to take into account when exercising their discretionary powers. Good administration also means making decisions on the basis of complete information*” (FRACCHIA, Fabrizio. *Administrative Procedures and Democracy: The Italian Experience*. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 12, n. 2, 2005. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/11>. Acesso em: 22 nov. 2020).

⁴⁷⁰ Continua o autor: “[...] a participação procedimental potencia a concretização de bens jurídicos como os da protecção jurídica dos administrados e da qualidade democrática do processo de formação das decisões administrativas. [...] O radical subjectivo do direito fundamental de participação procedimental circunscreve os seus elementos a uma função de protecção dos bens jurídicos das pessoas dos administrados e confere-lhes uma intenção específica de salvaguarda da dignidade do procedimento” (CORREIA, José M. Sérvulo. *Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental*. In: OTERO, Paulo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de (coord.) **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**, Coimbra: Almedina, 2012. v. IV. p. 413 e 424).

Não que no caso em tela exista uma afetação desfavorável desse terceiro, dado que provavelmente são debatidos compromissos que trarão benefícios à comunidade da qual ele faz parte. Mas dado que a finalidade do consenso é conferir maior efetividade às decisões, a participação do terceiro interessado poderá guiar o debate a uma “melhor escolha” em oposição a uma escolha boa ou meramente adequada. Nesse sentido, o terceiro interessado poderá expor sobre a necessidade de implementação de determinado serviço ou apenas a necessidade de expandir ou modernizar o serviço já existente. Essa garantia se coaduna, inclusive, com o princípio da adaptação aplicável aos serviços públicos, o qual permite que os usuários exijam melhorias das condições dos serviços prestados, pautando a feitura de editais de licitação pela Administração Pública:

Como visto no início deste tópico, o Princípio da Adaptação tem importância principalmente no momento da elaboração dos editais de licitação e dos contratos de concessão, ocasião em que o poder concedente poderá, dando concretude ao Princípio, estabelecer regras que determinem o constante aperfeiçoamento do serviço público. Essas regras constituirão, depois de celebrado o contrato, cláusulas de serviço que poderão ser invocadas pelos usuários que a elas se subsumirem.⁴⁷¹

Porém, nada obstante a importância do terceiro interessado no delineamento dos compromissos, não se pode confundir seu papel como um terceiro negociador do acordo administrativo. Isto é, a garantia de participação do terceiro interessado não equivale ao direito de ele sentar-se à mesa para negociar os termos do ajuste⁴⁷². Como bem apontado por Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, o reconhecimento do direito desse terceiro de participar das tratativas, além de não se embasar em nenhum dispositivo legal, “inviabilizaria por completo as negociações pela insegurança jurídica em saber se todos os interessados se sentaram à mesa e pela enorme dificuldade de acomodação de diversos interesses”⁴⁷³.

⁴⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b. p. 515.

⁴⁷² No entendimento de Thiago Marrara, pelo menos quanto aos acordos em concentração, não há vedação que impeça a participação de terceiros na negociação. Em suas palavras: “Contudo, entendo não haver fundamento jurídico qualquer que permita vedar, abstratamente, a participação de terceiros, de agências ou mesmo do MP na negociação de um acordo em concentração. A pluralidade de opiniões e manifestações é capaz de agregar publicidade, efetividade e legitimação à via consensual” (MARRARA, Thiago. *Acordos no Direito da Concorrência*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 204).

⁴⁷³ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 155. No mesmo sentido, Fabrizio Fracchia, ao explicitar que os procedimentos não conseguirão abarcar todos os interesses que possam aparecer, considerando o cenário pluralista ora vivenciado. Do original: “*We cannot really imagine a pluralistic scenario as such, and proceedings (outside the legislative frame) do not ensure the representation of all interests or give full protection to private interests*” (FRACCHIA, Fabrizio. *Administrative Procedures and Democracy: The Italian Experience*. **Indiana Journal of Global Legal**

Nesse sentido, a contribuição do terceiro interessado ocorrerá fora do âmbito negocial das partes, de forma a pontuar quais são os interesses (uniformes ou contraditórios) que porventura venham a ser afetados pelos ajustes ali celebrados. Inclusive, essa participação pode ocorrer até mesmo antes de o acordo administrativo ser uma opção às partes. Isso acontece nos casos em que a entidade pública angaria informações para o estabelecimento de uma nova política pública, através de uma consulta pública ou uma tomada de subsídios, por exemplo. Assim, na ocasião em que o acordo administrativo se apresente como via a ser perfilhada, a Administração Pública adentra na negociação já munida de informações que balizam os interesses da população afetada.

O fato de o terceiro interessado não se tornar um negociador não faz a sua participação ser inócua. Da mesma maneira que a parte celebrante do acordo deve ponderar as capacidades, limites e propostas vindas da contraparte, ambas, em conjunto, deverão ponderar os interesses apresentados pelos terceiros, o que não significa necessariamente acatá-los. Na mesma linha do que ocorre na negociação entre as partes, as escolhas que causem impactos externos ao acordo deverão ser devidamente motivadas, justificando o porquê do acolhimento ou da recusa das contribuições.

O que não se pode aceitar, no entanto, é a completa ausência de ponderação dos interesses que virão a ser afetados por um acordo que cause impactos externos, mesmo que não tenha havido nenhuma manifestação formal de terceiros interessados. É verdade que o artigo 26 da LINDB estipulou ser discricionária a escolha de promover consulta pública⁴⁷⁴ durante o processo de celebração do ajuste (até porque, como mencionado, a colheita das informações pode ter se dado anteriormente, no delineamento de políticas públicas). A previsão de consulta pública para esses casos (que não seja de atividade normativa) não foi refletida no âmbito regulatório (nenhum normativo de TAC prevê a presença de terceiro interessado, inclusive). Mas isso não exime as partes da necessidade de justificar as escolhas que irão impactar terceiros. Em um acordo que imponha externalidades, é necessário, então, sopesar as consequências que possam vir a ser carreadas aos destinatários do ajuste, de forma a legitimar a escolha feita.

Na lei de processo administrativo brasileira (Lei nº 9.784/99), o artigo 31 prevê a possibilidade de abertura de consulta pública quando assunto de interesse geral estiver em

Studies, v. 12, n. 2, 2005. Disponível em:

<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/11>. Acesso em: 22 nov. 2020).

⁴⁷⁴ O artigo 31 da Lei de Processo Administrativo já previa a discricionariedade de promover Consulta Pública para os casos em que a matéria do processo envolvesse assuntos de interesse geral.

debate; ainda, apesar de não garantir a condição de interessado àquele que apresentou sua contribuição, dá direito ao contribuinte de receber resposta fundamentada da Administração (§ 2º). Por sua vez, o artigo 32 traz a figura da audiência pública, também em juízo discricionário, quando a autoridade julgar que a questão debatida seja de alta relevância, com o fito de colher o máximo de informações antes de emitir seu juízo de valor.

A lei processual portuguesa (Decreto-Lei nº 4/2015) é orientada pelo princípio da participação, prevista no artigo 12º, e, como decorrência, traz o direito de audiência dos interessados e o direito de acesso de terceiros aos documentos do processo que não sejam classificados como sigilosos (artigo 83º). A lei espanhola nº 39/2015, por sua vez, define como interessado aqueles cujo direito possa ser afetado pelo procedimento (artigo 4), e impõe dever de comunicação sobre o processamento do procedimento aos interessados que sejam identificados no curso dele (artigo 8), além de também dispor sobre a possibilidade e o modo de esses terceiros interessados serem ouvidos e apresentarem documentos nos autos do processo (artigo 118).

De maneira mais genérica, a lei italiana nº 241/1990 assegura a intervenção no procedimento a qualquer sujeito, público ou privado, cujo interesse possa ser prejudicado (artigo 9). A lei alemã (*VwVfG*) também prevê dever da autoridade de chamar a participar do processo aquele que puder ter direito prejudicado (§ 13), e a possibilidade de realização de consulta nos casos de projetos com impacto relevante sobre interesses da coletividade (§ 25). Por fim, o Código francês que rege a relação entre o público e privado também assegura, de maneira geral, acesso aos documentos emitidos pela Administração (artigos L311-9 a L311-15) e, ainda, permite que ela substitua a consulta a um conselho consultivo por uma consulta pública aberta na internet, que permita colher observações dos interessados, antes de promulgar um ato regulamentar (artigo L132-1).

Ultrapassado o debate sobre a participação daqueles que possam vir a ser afetados pelo acordo, faz-se breve menção sobre a influência de terceiros que deriva de evidências trazidas à mesa para comprovar as razões pelas quais a proposta foi feita deste ou daquele modo. São pareceres técnicos, perícias, documentos emitidos de forma a modular o compromisso entre as partes, o que igualmente confere legitimidade às escolhas feitas.

No entanto, diferentemente do que ocorre em um processo administrativo comum – no qual existe uma ocasião instrutória específica –, o devido processo legal negocial permite que as partes ofertem diferentes evidências ao longo de todo o processo de negociação, sem que exista preclusão quanto ao momento de apresentá-las, desde que, é claro, ainda exista debate acerca da proposta que se deseja embasar.

Isso tudo para dizer que, conforme mencionado no início do presente trabalho, o processo negocial não se afigura um caminho linear, mas sim, de acordo com Javier Barnes⁴⁷⁵, possui forma de estrela, em que as partes são alimentadas de informações provenientes de várias fontes para finalmente chegarem a um acordo estável, probo, eficiente e legítimo.

3.4 DA RELAÇÃO DE CONTROLE

Nada obstante o objeto do presente estudo se voltar à construção de uma matriz que balize o comportamento das partes durante a negociação do acordo administrativo – que ocorre após a eleição da via concertada e vai até a celebração do instrumento –, faz-se necessário perpassar brevemente pela relação de controle à qual a autoridade administrativa está submetida que impacta diretamente na qualidade da negociação do acordo administrativo.

Não se coloca a questionamento a importância de controlar o agir administrativo na celebração do acordo. Por isso, muito se discorreu sobre a ponderação dos interesses e a posterior motivação das escolhas que pautaram a construção do acordo administrativo, sendo o devido processo legal uma trilha garantidora da segurança jurídica. Naturalmente, um dos elementos contidos na ideia de segurança jurídica é a garantia de supervisão do agir administrativo, tanto pela sociedade, pelo Poder Judiciário, como pelas próprias autoridades administrativas com competências de controle.

Em termos óbvios, o controle da Administração Pública confere segurança e certeza quanto à legalidade, legitimidade e estabilidade da negociação e do próprio resultado dela, que é o acordo administrativo. Para Thiago Marrara:

O aumento dos níveis da segurança jurídica, em uma determinada sociedade, depende basicamente de três fatores: 1) um ordenamento jurídico posto, estruturado e redigido de modo objetivo, claro, com termos acessíveis, que possa orientar com simplicidade e baixos custos o comportamento social; 2) a existência de mecanismos de garantia da previsibilidade, de proteção da confiança, de garantia de posições jurídicas legítimas, ainda que nem sempre válidas; 3) a disposição de remédios administrativos e judiciais de tutela dos direitos e dos interesses atingidos por ataques que gerem instabilidade e incerteza inaceitável.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ BARNES, Javier. La Colaboración Interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008a. p. 253.

⁴⁷⁶ MARRARA, Thiago. Artigo 23 da LINDB. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 230.

O que se apresenta como desafio é a qualidade do controle exercido pelas autoridades administrativas, que pode colocar em xeque a uniformidade da atuação da Administração Pública, os limites competenciais conferidos pela lei e a própria eficácia desse controle para evitar malversações dos contatos entre as partes⁴⁷⁷.

Trata-se de desafios altamente complexos, cuja proposta de superação demanda estudo aprofundado e esforço específico, fugindo ao escopo da presente pesquisa. Contudo, apresenta-se proposta que se coloca como opção para endereçar o tema no âmbito específico da negociação dos acordos administrativos.

3.4.1 A participação das autoridades administrativas de controle na celebração do acordo

A tentativa de superação dos desafios relativos ao controle dos atos praticados pelo gestor público que culminaram no acordo administrativo deve estabelecer como premissa de análise os pilares do devido processo legal negocial. Nesse sentido, na seara dos acordos administrativos, a autoridade administrativa controladora deve ter como certo o dever que o gestor público tem de colaborar com a contraparte na busca pelo melhor resultado; o dever de ponderar todos os interesses envolvidos (inclusive privados) na construção de melhores soluções para o caso concreto; e, ainda, o dever de delinear soluções criativas que possam atender de forma mais efetiva a demanda concreta que se impõe.

Significa dizer que os comportamentos acima delineados – dentre outras características já balizadas pelo devido processo legal negocial – fazem parte da correção da conduta do gestor público ao negociar o acordo administrativo. Em outros termos, ações que antes poderiam ser consideradas inadequadas no tratamento verticalizado do interesse público, na seara consensual, devem ser entendidas como aderentes àquilo que se espera do comportamento do gestor público. Nessa esteira, a alteração da premissa de análise do controle comportamental do gestor público já lhe garante maior conforto e liberdade de ação,

⁴⁷⁷ O controle da Administração Pública é tema enredado e contém inúmeros matizes, que partem desde o controle interno – perpassando por temas como hierarquia e responsabilidade do agente público – até o controle externo conduzido por outros Poderes, cada qual com suas competências específicas de revisão dos atos e escolhas administrativas. Conforme pontua Marcos Augusto Perez, “O controle da discricionariedade é um tema universalmente tratado e absolutamente relevante no Direito Administrativo atual, pois, além de sua importância teórica, tem largo alcance ao afetar diretamente o exercício da jurisdição”. Dada a complexidade da matéria, optou-se por tratá-la de forma tangenciada, como uma sugestão com vistas a garantir a eficiência e a uniformidade desse controle. (PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017a. *E-book*. Capítulo 3. 25º parágrafo.

uma vez que estará amparado pelo Direito na medida em que agir em prol da concertação. A boa atuação passa a ser aquela aberta, cooperativa, proativa e criativa, alcançando a efetividade que se espera de um acordo administrativo.

Portanto, no aspecto formal, não deve temer o gestor público que aja de forma aberta, permeável e em parceria com a contraparte, pois é exatamente isso que o Direito impõe e o que a autoridade controladora deve passar a esperar dele, no escopo da concertação. No aspecto material, pressupondo o respeito aos limites de competência, o controle deve se dar como de hábito, pautando-se no lastro deixado pelo processo de negociação para verificar a legalidade, a motivação, a eficiência, a congruência e outros requisitos dos compromissos firmados.

Haveria necessidade de considerar, também, o limite e a capacidade da parte celebrante como régua para o desenho dos compromissos. Isso segue em linha com a previsão, inserida na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, de que a decisão sobre a regularidade do ajuste deve considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (art. 22 § 1º). Além, é claro, de entender o ajuste a partir do momento temporal e das orientações gerais da época em que ele foi firmado, conforme previsto no art. 24 do mesmo normativo.

Por isso, repita-se, é imprescindível que o controlador tenha sempre como premissa, ao avaliar a adequação das ações do gestor, os deveres contidos no devido processo legal negocial. Para Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos, o controle procedimental diminui o medo do gestor pois confere suporte às suas decisões:

Com intuito de contribuir para almejada qualidade da atuação administrativa e, ao mesmo tempo, a promoção de uma maior segurança na efetividade das deliberações, é necessário uma “desobstrução” da atuação dos órgãos de controle, interno e externo, no iter decisório. O controle preventivo procedimental, nesse compasso, pode minorar o “medo administrativo”, favorecendo uma redução nos riscos ocasionados ao agente administrativo por meio do modelo burocrático repressivo mais ortodoxo, de modo a propiciar a adoção de soluções extraordinárias de cunho mais efetivo e eficiente (até então, não antevisto nas letras da normatização administrativa). [...] Por fim, o controle procedimental preventivo baliza a tomada de decisão do agente público, sob o lastro das cláusulas gerais que dão suporte às decisões de cunho extraordinário, pacificando, assim, as exigências de isonomia com as de eficiência administrativa e segurança.⁴⁷⁸

Tanto no aspecto formal como, também, no aspecto material o controle que se entende mais eficaz é aquele que é exercido concomitantemente à negociação. A vantagem

⁴⁷⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. CAMPOS, Sarah. Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. p. 41-42.

de aproximar o controlador do processo de negociação do acordo administrativo é muni-lo de todas as informações e impressões que foram extraídas no itinerário do delineamento dos compromissos. O controlador terá melhor visibilidade das dificuldades enfrentadas pelo gestor público, dos limites e capacidades da contraparte e da melhor aderência dos compromissos àquela realidade, além de contar com maior suporte técnico para análise de temas demasiadamente especializados.

Esse panorama difere do controle feito *a posteriori* – que se pauta em reportes, motivações e fundamentos –, que talvez não informe a autoridade revisora por completo, ou seja, que pode comportar interpretação por parte do controlador que não abarque a percepção real do cenário enfrentado durante a construção dos compromissos do acordo. Nesse sentido, Mario Engler Pinto Júnior:

Os questionamentos sobre a adequação da conduta do gestor são quase sempre oriundos dos órgãos de controle público e podem abranger tanto aspectos de natureza formal quanto substantiva. O julgamento ocorre geralmente *a posteriori*, sob a ótica de conceitos jurídicos indeterminados que comportam diferentes interpretações, tais como interesse público, economicidade, eficiência ou moralidade administrativa. A mesma análise leva em conta um cenário ideal de informação completa, ampla capacidade analítica e certeza na formulação de prognósticos, que raramente se fazem presentes no mundo real em que a decisão gerencial precisa ser tomada.⁴⁷⁹

Contudo, não se entende possível operacionalizar tal modo de controle: não haveria recursos humanos suficientes capazes de acompanhar todos os acordos promovidos em todas as searas; poderia causar um mal-estar institucional, com a impressão de limitar a liberdade de agir do gestor público, além de não ser capaz de superar o desafio relativo a identificar com quem se está negociando, se com o gestor ou com o controlador.

Por isso, socorre-se novamente aos ditames colocados pelo devido processo legal negocial: a redução a termo da negociação, das idas e vindas de propostas em todos os contatos mantidos entre as partes, juntamente com a motivação de cada um dos compromissos assumidos, intenta extrair uma supervisão mais eficiente, que poderá acompanhar a construção do acordo desde o início, com a informação completa dos cenários debatidos e que poderá fazer melhor juízo dos compromissos assumidos, em oposição a avalia-los apenas quando já celebrados, correndo o risco de desconstruí-los com base em premissas erradas. A entidade controladora pode não ter a expertise técnica necessária que permita compreender quais seriam as melhores vias para endereçar um problema específico

⁴⁷⁹ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. O Dever Fiduciário de Diligência do Gestor Público. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 34.

e isso pode ser atenuado com a materialização da negociação, facilitando o acompanhamento do controlador na construção desse acordo.

Sugere-se, pois, que a relação entre o gestor público e controlador também respeite o viés da cooperação, com intensas trocas de informações que possam melhorar a qualidade do controle a ser exercido. O controle também faz parte da administração em rede, nos aspectos intra-administrativo (controle interno) e interadministrativo (controle externo), cuja eficiência e uniformidade dependem da clareza e da integridade das informações concedidas para compreensão de todo o cenário. Compreendendo a extensão dos desafios vislumbrados na situação concreta posta, o controlador trazido para perto do processo de negociação poderá exercer sua competência de forma mais eficiente:

Observam-se largos campos de relações entrecruzadas, para além das tradicionais estruturas hierarquizadas, tornando relevante, cada vez mais, a noção de rede do Direito Administrativo. Nesse contexto, cresce a relevância do papel do procedimento como âmbito de atuação concertada e coordenada, contribuindo para a formalização da cooperação e da participação interna, podendo ser evitados riscos como o de uma atuação fragmentada, comprometedora de uma necessária visão geral da atuação administrativa. O conceito de procedimento administrativo, formulado em termos ampliados, passa a abarcar também “as operações de trabalho conjunto, intra-administrativo e interadministrativo”.⁴⁸⁰

No viés de qualidade do controle exercido, entende-se que esta será elevada a partir do momento em que esse controlador se aproxima de todo o processo negocial⁴⁸¹. Da mesma maneira que as escolhas do gestor público se tornam mais eficientes quando ele avalia e pondera o atingimento do interesse público diante das variáveis apresentadas em cada circunstância concreta – sem se fiar exclusivamente em conceitos abstratos do que seria efetivo para o caso –, o controlador que acompanha o acordo de forma aproximada através do lastro material deixado pelo processo negocial, também poderá avaliar o desempenho desse gestor de forma mais eficiente, dado que esta será contextualizada dentro de um espectro específico de negociação e construção de compromissos, e não apenas embasada em conceitos abstratos daquilo que o controlador entende que deveria ter ocorrido. Na explicação de Rodrigo Pagani de Souza:

São gestores públicos brasileiros que, embora honestos, tendem a não inovar em prol da melhoria dos serviços que lhes foram confiados, não ousar na assunção de

⁴⁸⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 52.

⁴⁸¹ “Fora destas situações de intervenção com objetivos técnicos, a participação instrutória interorgânica visa não só defender os interesses públicos que estão afectos, co-envolvidos com o interesse do decisor, como também a correção da decisão, através da apresentação de uma nova leitura pública da questão procedimental.” (DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 124.)

maiores compromissos com qualidade dos resultados da gestão pública, por receio de saírem da zona de conforto da “regularidade”. Agem com “regularidade”, ainda que em prejuízo de melhores resultados. Não se confunde este receio do controle desprovido de parâmetros jurídicos claros (receio de controle arbitrário) com o receio do controle que acometa o gestor em razão de mero desconhecimento, enquanto gestor, dos parâmetros normativos pertinentes à sua atuação, ou até desinteresse em conhecê-los ou descompromisso com as próprias responsabilidades – em suma, com a pura inaptidão para o cargo, que naturalmente também gera insegurança. A referência aqui é à insegurança de quem, mesmo com boa-fé e aptidão, ainda se veja sujeito a um controle que tende a revelar-se arbitrário porquanto parametrizado por base puramente principiológica.⁴⁸²

A proatividade, a criatividade e a própria eficiência do desempenho do gestor público podem restar prejudicadas quando o controle de seus atos é ineficiente. Ele tenderá a não experimentar, a não buscar soluções inovadoras que possam aparentar “fora do normal” para aqueles que não acompanham diariamente a sua prática.

Dessa forma, conforme já suscitado, é imperioso que o controlador, no controle dos acordos administrativos, parta dos enunciados atinentes ao devido processo legal negocial, que são balizas específicas de comportamento quando em trânsito pela concertação administrativa.

3.4.2 Tratamento para a opacidade: o impacto nos acordos informais

Os contatos informais entre as partes tornam-se um desafio à celebração de um acordo administrativo legítimo quando são interpretados como estando à margem de qualquer controle, de forma a culminar em atos de captura ou de corrupção.

A informalidade pode ser entendida tanto no sentido de não existir um lastro material sobre a sua ocorrência como, também, no sentido de a atividade não se submeter a regras procedimentais específicas. Falta-lhe, então, como o próprio nome faz deduzir, o elemento da forma que permita concretizar a existência desse contato ou o modo como ele ocorreu.

Em relação ao enfoque da informalidade, no sentido de as ações das partes não se submeterem a um procedimento específico, é preciso pontuar que o agente público que negocia, mesmo que não se encontre vinculado a uma forma específica e predeterminada de agir, ainda assim se submete a vetores que protegem o ordenamento jurídico contra alguma violação. Em outros termos, ainda que não existam regras pormenorizadas ou

⁴⁸² SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma Administração Pública de Resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. *E-book*. Capítulo 2. 45º parágrafo.

extenuantes sobre a forma de agir ou de negociar, o administrador já se encontra vinculado a referências anteriores, que garantem a licitude da negociação.

Baseando-se nos princípios constitucionais previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, aplicáveis a toda a Administração Pública, a autoridade sabe que deve respeitar os limites legais; que não pode prejudicar ou beneficiar a parte negociante; sabe que deve agir com moralidade, sempre externando condutas probas; sabe que deve conferir o máximo de transparência possível à atividade administrativa; e, por fim, sabe que deve agir de forma eficiente na condução dos acordos administrativos. São condutas mandatórias que existem independentemente de haver uma processualidade balizadora da negociação. Nos moldes trazidos por David Duarte, ainda que os acordos não possuam um passo a passo específico, estes jamais estiveram à deriva de qualquer proteção:

E diz-se que não há actividade administrativa procedimental informal no sentido em que não há uma actividade que escape a padrões de legalidade, realizada supostamente sem habilitação normativa [...]. A informalidade no seio do procedimento apenas pode significar, então, a inexistência de uma sequência de acções instrutórias devidas, tal como é, aliás, o sentido originário da expressão, tanto no direito germânico, à luz do § 10 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* [que designa como procedimento informal o que não tem norma que imponha uma tramitação específica, como a que consta dos parágrafos 63 a 67 da referida lei], como no direito norte-americano, cujos § 553 [*rulemaking*] e § 554 [*adjudication*] da *Administrative Procedure Act* determinam um conjunto de acções instrutórias que apenas têm lugar quando, grosso modo, um *statute* assim o determine.⁴⁸³

A construção de uma processualidade voltada ao consenso confere maior concretude aos princípios constitucionais, para fomentar a atividade consensual e engajar as partes em uma boa negociação, com balizas que não engessem sua atuação. Todas as digressões trazidas à luz visam promover o fortalecimento e a facilitação da atividade consensual, na tentativa de implementar efetivamente essa nova cultura, sem deixar de reconhecer a existência prévia de comandos exigidores de uma boa conduta negocial. Nesse sentido, ainda que a matriz processual não extenuie todas as formas de contato entre as partes, não significa dizer que estas estão à margem de qualquer controle.

Em seguida, em relação à informalidade como ausência de lastro quanto à ocorrência de contato entre as partes, como já trazido anteriormente, entende-se imprescindível reduzir a termo as propostas oferecidas pelas partes durante a negociação do acordo. Isso confere transparência à negociação, à escolha dos compromissos e à congruência entre o objeto celebrado e o que foi negociado.

⁴⁸³ DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 449.

Uma ressalva merece ser feita: a redução a termo não é capaz de mitigar eventuais contatos informais que as partes porventura tenham. Em verdade, nenhuma regra processual é capaz de evitar por completo a informalidade. O que a regra processual faz é reduzir a margem de impacto que esse contato informal possa ter no acordo administrativo: impede que arranjos apareçam “de surpresa” sem que tenham sido negociados formalmente e devidamente motivados.

O que se coloca é que a informalidade que visa a corrupção, a captura ou o tráfico de influência tem a opacidade como essência, e poderá ocorrer na presença ou não de regras processuais que pautem a conduta das partes na negociação⁴⁸⁴. Portanto, como denotado, a redução a termo que se entende importante não tem como escopo principal o controle de possíveis atos ilícitos praticados pelas partes.

Isso pode ser tangenciado a partir do objetivo principal que se intenta, que é conferir transparência ao que foi negociado, ponderado e motivado para fazer parte do acordo administrativo, extraindo maior eficiência possível desse instrumento. A redução a termo, pois, ajuda a evidenciar o nível de cooperação das partes na construção da solução acordada, permite verificar se houve um justo acatamento ou descarte de propostas realizadas, evidencia a congruência entre as propostas e os ajustes, garante o controle – de terceiros ou de outras autoridades – sobre o nível de atendimento aos interesses envolvidos.

Ainda na lição de David Duarte, a congruência (extraída a partir da visibilidade das propostas ofertadas) e a motivação (razões reduzidas a termo sobre as escolhas dos compromissos) permitem refinar a relação entre forma e matéria, isto é, fazem que os argumentos não sejam colocados genericamente, de modo a servirem a qualquer tipo de arranjo, mas exigem que sejam delineados para explicar as razões daquele acordo em específico, afastando, assim, eventuais motivos inidôneos:

A exigência de congruência entre o sentido dispositivo da decisão e a ponderação exteriorizada na fundamentação permite ver, por outro lado, que a composição normativa da fundamentação não se baseia numa independência total da forma. Não basta que exista exteriormente um leque completo de fundamentos capaz de apoiar qualquer decisão e que poderia configurar em hipótese uma fundamentação formal perfeita, pois é necessário que exista uma relação directa entre a ponderação efectuada e o discurso exterior. Há, no requisito da congruência, uma aproximação do imperativo formal aos interesses que lhe estão subjacentes. [...] Em segundo lugar, quando os fundamentos exteriorizados, e aqui é principalmente

⁴⁸⁴ “É uma realidade evidente, no entanto, o facto de que a participação oculta é inerente à verificação de conflitos de interesses e que, por maior que seja o espaço de canalização procedimental de interesses, subsistirá sempre um extenso campo de operatividade para pressões que, pela própria natureza e pelos fins e meios ínsitos, se efectua fora dos meios procedimentalmente regulados” (DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 410).

relevante a ponderação, servem para esconder motivações que são, em parte ou totalmente, inidóneas, o que consubstancia uma violação dos princípios jurídicos, havendo, no entanto, um cumprimento rigoroso do imperativo formal.⁴⁸⁵

Ao exporem as razões sobre as quais a lei alemã escolheu a forma escrita para os contratos de direito público, Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg elucidam que tal forma garante tanto a proteção dos interesses envolvidos como a segurança jurídica que se espera de um acordo.

A exigência da forma escrita para os contratos administrativos cumpre uma dupla função: por um lado, é essa a forma que melhor tutela os interesses das partes contratuais, protegendo-as de conclusões precipitadas quanto ao sentido, âmbito e extensão dos vínculos correspondentes (função de advertência ou *Warnfunktion*); por outro, é essa a forma que reproduz mais fielmente o conteúdo e o fim do contrato (função de prova ou *Beweisfunktion*), permitindo o afastamento de sua qualificação como atuação administrativa informal.⁴⁸⁶

Ademais, trata-se de verdadeiro respeito ao princípio da publicidade, ressalvadas, é claro, as situações em que a exposição dos fatos cause prejuízo à finalidade do acordo. No que toca a previsão existente em normativos pátrios, o Decreto nº 4.334/2002 trata sobre as audiências concedidas aos particulares por agentes públicos federais e destaca, no inciso II do artigo 3º, que todas as audiências concedidas ao particular deverão conter registro específico, relacionando as pessoas presentes e os assuntos tratados.

No âmbito das Agências Reguladoras, apenas a ANS (artigo 8º da Resolução Normativa nº 372/2015) e a Ancine (artigo 10 da Instrução Normativa nº 118/2015) previram, de forma explícita, que as negociações presenciais para tratar de compromissos do TAC devem culminar em ata assinada pelos presentes e, no caso de tratativas a distância, as correspondências físicas ou eletrônicas devem ser igualmente juntadas ao processo. É esse o nível de detalhamento que se espera da publicidade conferida aos contatos entre as partes, para que se possa efetivamente verificar a negociação travada.

Portanto, a finalidade maior da matriz ora proposta é garantir uma melhor articulação entre as partes. A valorização do meio não quer colocar o agente público sob o pálio da corrupção, assim como não quer tratar os agentes privados como comensais da captura administrativa. Ao contrário, a pretensão é extinguir as amarras que impedem as partes de ficarem mais propensas à negociação e à colaboração. A redução a termo das negociações

⁴⁸⁵ DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 227 e 233.

⁴⁸⁶ CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei Alemã de Procedimento Administrativo**: guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2016. p. 77.

serve tanto ao particular – como controle que exige a abertura e a cooperação da parte pública – como ao próprio agente público, para comprovar a ocorrência da permeabilidade exigida nas atividades consensuais.

Como antes mencionado, os atos de corrupção podem ocorrer com ou sem a existência de uma regra processual específica. É por isso que a sugestão ora em pauta, apesar de poder tangenciar um controle das partes no que toca aos atos ilícitos, não faz disso seu foco principal. A intenção é bem mais simples. No sentido do que aponta Juan Carlos Cassagne, o tratamento processual das negociações informais, reduzindo a termo sua ocorrência, serve, para além de tudo o que já foi colocado, como garantia de “intercâmbio de informações necessárias a adoção de decisões eficazes e para que se concretize o consenso social que confira maior legitimidade ao atuar administrativo”⁴⁸⁷.

3.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO

Com o fito de superar os desafios suscitados no capítulo anterior, o presente capítulo teve como escopo o delineamento das características atinentes à matriz processual negocial, caracterizando o que viria a ser o devido processo legal negocial, ou seja, o devido iter que deve balizar a conduta das partes na seara concertada. Em breve relato, buscou-se construir balizas que fomentem a colaboração entre os negociantes, a paridade dos interesses, a criatividade das soluções, a construção conjunta dos compromissos e uma materialidade suficiente para garantir um bom controle dessa negociação.

Em conjunto, foram analisados os regramentos já existentes no ordenamento jurídico pátrio – em especial, os atinentes à seara regulatória –, denotando, de um lado, certa carência de tratamento jurídico relativo à negociação e, de outro, a falta de uniformidade das regras mais específicas que possam balizar o cenário consensual. Para fins de inspiração, também foram analisadas regras de modo consensual contidas nos ordenamentos jurídicos alienígenas, especificadamente da Alemanha, Portugal, França, Espanha e Itália.

Estabelecido o conteúdo da matriz processual negocial, o próximo passo será avaliar os meios através dos quais essa matriz possa ser formalizada no arcabouço normativo, além, é claro, de oferecer proposta redacional que abarque as premissas estabelecidas ao longo deste capítulo. É o que se passa a fazer.

⁴⁸⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). *Rivista de la Facultad de Derecho*, n. 67, p. 29-45, 2011. p. 67.

4 A MATRIZ DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL

4.1 PARA ALÉM DO QUE JÁ FOI DITO: A IMPORTANTE NORMATIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NEGOCIAL

Conforme exposto por Gustavo Justino de Oliveira, em obra datada do ano de 2010, “um tema recorrente, inserido nos movimentos reformadores e modernizadores do Estado, é o emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas, no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas”⁴⁸⁸. Oito anos depois, através da Lei nº 13.655/2018, foi inserido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro um artigo que contém permissivo genérico para a Administração Pública concertar, concretizando a intenção antevista pelo autor sobre o uso, em larga escala, de mecanismos consensuais como uma nova forma de atuação pública. Continua o juspublicista:

Convém ressaltar que vínculos são criados mediante um prévio e necessário processo de negociação, em que são discutidas as bases sobre as quais eventualmente serão firmados acordos e contratos. O conteúdo desses ajustes será o objeto do entendimento, do possível consenso entre as partes; será o resultado das concessões e dos intercâmbios realizados no transcurso do processo de negociação que antecedeu ao compromisso. Por isso, convém ressaltar que as posturas assumidas pelo Estado mediador são distintas das posições tradicionalmente ostentadas pelo Estado impositor, cuja nota característica encontra-se justamente no poder de impor obrigações, exercido em razão do atributo da autoridade, imanente ao poder político ou estatal.⁴⁸⁹

No trecho em destaque, o autor ratifica os entendimentos esposados pelo trabalho até o presente momento: que deve haver respeito a um itinerário necessário para chegar à celebração de um acordo administrativo —, e que este seria um *modus* específico para a concertação: há de se ter uma postura diferente daquela comumente encontrada quando da emanção de atos decorrentes do poder de imposição do Estado. Some-se a isso o entendimento pacificado na doutrina de que os meios processuais conferem segurança e transparência à atividade administrativa e não sobram razões para se insurgir contrariamente a um normativo que especifique o modo de agir das partes, quando insertas em um ambiente consensual. O autor Luciano Parejo Alfonso, apesar de não citar expressamente a criação de normas processuais para os acordos, sugere que as características da relação jurídico-

⁴⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010b. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=471>. Acesso em: 29 ago. 2020.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 4.

administrativa travada nos acordos sejam estabelecidas em uma espécie de acordo-quadro ou acordo-marco, que “fixa, com precisão, as regras do jogo para o desenvolvimento da própria relação jurídica, incluindo a sucessiva especificação de seus termos e condições mediante acordos posteriores mais específicos”⁴⁹⁰, e dispõe, ainda, que aos acordos firmados no bojo de um processo administrativo (acordos endoprocessuais) devem ser aplicadas as mesmas regras desse processo⁴⁹¹.

Ao fim e ao cabo, trata-se de uma verdadeira implementação da cultura consensual a partir da estruturação expressa de seus meios e modos específicos, ficando reconhecida ostensivamente a possibilidade de uma negociação a ser travada entre as partes. A intenção, pois, é afastar a noção de acordo dissociada da negociação e participação que lhe são atinentes, evitando perpetuar a atuação imperativa da Administração Pública no que toca aos acordos administrativos. Para Juliana Bonacorsi de Palma:

Como se sabe, os acordos administrativos têm uma dinâmica de aperfeiçoamento marcadamente bilateral, aperfeiçoando-se mediante convergência de vontades entre os celebrantes sobre as cláusulas que, uma vez cumpridas, determinam a terminação consensual do processo administrativo. É a fase de negociação fundamental, portanto, ao bom desenho dos acordos e adequada satisfação das finalidades específicas às quais se dirige. Contudo, ainda que relevante, a negociação tende a não receber o tratamento jurídico à altura. Consequentemente, o Poder Público termina por manter-se em posição de supremacia, na medida em que faz uso de suas prerrogativas para maximizar seus benefícios com os acordos. Na prática, evidenciamos acordos unilaterais celebrados com o particular em relações marcadamente verticalizadas, cujo contraditório é praticamente inexistente.⁴⁹²

A importância da externalização de um processualismo negocial é tornar exigíveis os comportamentos ali previstos. Cite-se o exemplo da discussão acerca da externalização do princípio da eficiência. Ainda que a explicitação desse princípio não tenha gerado surpresas,

⁴⁹⁰ “*Ya nos consta que los acuerdos administrativos pueden regular las relaciones jurídico-administrativas correspondientes en los mismos términos que los actos unilaterales definitivos o resolutorios de procedimientos. Las características de esa relación jurídica pueden hacer aconsejable, empero, un escalonamiento en su regulación acordada sobre la base de un acuerdo-marco inicial que fije justamente las reglas del juego para el desarrollo mismo de la relación jurídica, incluida la concreción sucesiva de sus términos y condiciones mediante ulteriores acuerdos más específicos*” [Tradução livre: “Já sabemos que os acordos administrativos podem regular as relações jurídico-administrativas nos mesmos termos que os atos unilaterais ou resoluções processuais. As características dessa relação jurídica podem, no entanto, aconselhar o escalonamento de sua regulamentação acordada com base em um acordo-marco inicial, que estabeleça com precisão as regras do jogo para o desenvolvimento da própria relação jurídica, incluindo a sucessiva especificação de seus termos e condições mediante acordos posteriores mais específicos”] (PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y Administración**: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p. 184).

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 209.

⁴⁹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.) **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 12.

uma vez que a Administração Pública nunca teve autorização para agir de maneira ineficiente⁴⁹³, ao concretizá-lo, o ordenamento jurídico fez da eficiência um resultado a ser atingido, tornou-a uma meta cujo respeito conferiria legitimidade à atuação administrativa⁴⁹⁴.

Esse racional é plenamente aplicável ao caso em tela: o respeito a um processo negocial legitima o acordo administrativo, seu objetivo final. Estabelecida a premissa normativa quanto a uma atividade horizontal, “firma-se o dever/poder de transacionar”⁴⁹⁵, tornando-se antijurídica qualquer conduta em contrário. É dizer que, escolhido o acordo administrativo como solução, a negociação é obrigatória. Se não o for, não há acordo administrativo legítimo.

4.1.1 Tendência ao implemento da regulação responsiva: incentivo para criação da matriz negocial

Existe uma forte tendência, no âmbito das Agências Reguladoras, para que se implemente a denominada regulação responsiva.⁴⁹⁶ As delegatárias dos serviços públicos, sobrecarregadas com os ônus regulatórios, passaram a demonstrar, de maneira fática e

⁴⁹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.64.

⁴⁹⁴ “Quando um princípio jurídico é encontrado por disposição expressa no texto legal, constitui norma plenamente exigível e concretizável, vinculando imediatamente o agente público e o cidadão. [...] A eficiência administrativa pode ser aceita como princípio na medida em que viabilize a invalidação de qualquer ato do Estado atentatório aos seus ditames” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000. p.167).

⁴⁹⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 468.

⁴⁹⁶ Estratégia encabeçada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (ANEEL. **Fiscalização Estratégica**. A nova metodologia de fiscalização dos serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica. Brasília: Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE, 2016. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/arquivos/PDF/ficalizacao_estrategica-evento-03-03-2016.pdf). Passou a ser ponderada pela Anatel (Cf. SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio, 2017). Também foi considerada pela ANTT, através da desburocratização regulatória (<https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2018/setembro/antt-deve-reduzir-r-350-milhoes-em-fardo-regulatorio-ate-fim-do-ano>), assim como pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf (Cf. VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. A atuação do COAF na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 4, n. 1, p. 263-288, maio 2018). Espelhada na Agência Nacional de Mineração – ANM (<http://www.anm.gov.br/dnpm/documentos/anexo-iii-regulacao>). A Teoria da Regulação Responsiva passou a ser prevista como fundamento no **Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório**, expedido pela Casa Civil (<http://camex.gov.br/images/PDF/Regulacao/GUIA-AIR.pdf>) e aplicável, de forma homogênea, a todas as entidades com poderes normativos.

comprovada, a impossibilidade de cumprir com todas as obrigações delineadas pelas Agências.

Sob o jugo de servirem a uma melhor prestação do serviço, as obrigações regulatórias são comumente expedidas sem que se ponderem fatores como: o real benefício que será conferido à parcela da sociedade afetada (por exemplo, a implementação de serviços com tecnologias que serão mais onerosas ao consumidor); o impacto financeiro que a obrigação causará na empresa (por exemplo, a implementação de algum recurso em curto período de tempo); a alteração que a obrigação pode causar na capacidade competitiva da empresa diante de outras que prestem serviços semelhantes, mas não sejam reguladas (a exemplo do embate da TV por assinatura *versus* serviços de *streaming*); a mera exequibilidade das obrigações impostas (como é o caso da imposição de que um serviço atinja 100% da meta de qualidade, sem admitir quaisquer falhas, mesmo advindas de fatores externos à sua prestação); o fato de a obrigação poder impactar na seara de livre prestação de serviços da empresa (no caso de esta prestar, ao mesmo tempo, serviços regulados e serviços não regulados).

A dificuldade no atendimento de comandos que não respeitam o dever de sopesamento e de análise das consequências práticas faz que o setor privado passe a ser penalizado pelo descumprimento de metas que não estão aderentes à realidade fática. E, ainda que seja paga uma eventual multa advinda de um processo administrativo sancionatório, a obrigação de respeito àquela obrigação desproporcional não desaparece. Logo, haveria uma dupla penalização: de um lado, o pagamento da multa pelo inevitável descumprimento da obrigação, cujo atendimento, muitas vezes, é fiscalizado ano a ano; de outro, o investimento feito pelo setor privado na tentativa de satisfazer ao máximo (e ainda assim incorrer em falhas) o que a Agência Reguladora entende por correto. Sempre foi necessário, então, dispender um grande esforço institucional para obter permeabilidade suficiente das Agências Reguladoras para que se pudesse comprovar, de um canto, a desproporcionalidade ou irrazoabilidade da obrigação imposta e, de outro, que existiria boa vontade do setor em tentar efetivá-la, mesmo que com restrições.

Ocorre que, com o paulatino aperfeiçoamento do Direito Administrativo (que influencia diretamente o agir estatal), com o fortalecimento do movimento consensual-democrático (o qual exige a aproximação e coordenação entre público e privado), com as alterações na LINDB promovidas pela Lei nº 13.655/2018, com o incentivo internacional da OCDE quanto à alteração de comportamento estatal como meio para aprimorar o *compliance*

regulatório⁴⁹⁷, as Agências Reguladoras passaram, pouco a pouco, a trabalhar em conjunto com os agentes regulados para que fossem estabelecidos planos de ação condizentes com a capacidade das empresas e com os instrumentos disponíveis no setor. Esse modo de agir teve como consequência direta um aperfeiçoamento mais racional do serviço público e, também, a elevação do *enforcement* regulatório.

Pode-se dizer, então, que, a partir do alinhamento entre os atores do setor específico e destes com as expectativas da sociedade, passou-se a notar uma atuação mais coordenada entre agentes públicos e privados, já que o modelo de comando e posterior controle regulatório, sozinho, passa a não mais ser suficiente para induzir atuações dos regulados.

A ideia central da teoria da regulação responsiva desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite está calcada nessa pretensão de aprimorar o *enforcement* das obrigações, com premissas mais eficientes do que apenas uma regulação centrada exclusivamente na unilateralidade dos comandos e na sua posterior fiscalização. Consideram que “adotar a punição como primeira estratégia de controle é inacessível, impraticável e contraproducente pois mina a boa vontade daqueles que possuem compromisso com a conformidade”⁴⁹⁸, indo, portanto, contrariamente à intenção de cooperação desejada em uma Administração Pública horizontal.

Nesse diapasão, a teoria determina que, para extrair efetividade da obrigação, o ordenamento jurídico não pode dispor de personalidade única, ou seja, não pode se apoiar exclusivamente em instrumentos sancionatórios, mas deve contar igualmente com ferramentas de cooperação e fomento – utilizadas prioritariamente e, ainda, isoladamente, quando forem suficientes para garantir a obediência ao comando normativo⁴⁹⁹. Dessa maneira, o comportamento do regulador passa a ser flexível⁵⁰⁰, e deve considerar a realidade concreta antes de escolher o melhor instrumento de ação⁵⁰¹. Nas palavras de Ian Ayres e John Braithwaite:

⁴⁹⁷ OECD. **OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit**. Paris: OECD Publishing, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264303959-en>.

⁴⁹⁸ Tradução livre de: “*To adopt punishment as a strategy of first choice is unaffordable, unworkable, and counterproductive in undermining the good will of those with a commitment to compliance*” (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 26).

⁴⁹⁹ NIELSEN, Vibeke Lehmann; PARKER, Christine. Testing responsive regulation in regulatory enforcement. **Regulation & Governance**, v. 3, p. 376-399, 2009. p. 3. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2009.01064.x>.

⁵⁰⁰ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, n. 15, 2007. p. 7.

⁵⁰¹ A essa escolha do agente público quanto ao uso do melhor instrumento dá-se o nome de “*choice architecture*” (SUSTEIN, Cass R. **Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation**. Feb. 16, 2013.

Cada vez mais nas comunidades acadêmicas e regulatórias há um sentimento de que as agências reguladoras que melhor atuam para alcançar seus objetivos são aquelas que atingem algum tipo de equilíbrio sofisticado entre os dois modelos. A questão crucial passa a ser: quando punir e quando persuadir?⁵⁰²

Nesse sentido, os idealistas da teoria afirmam que a construção de um regulamento responsivo deve ocorrer em forma de pirâmide, cuja base é composta de métodos consensuais de cumprimento da norma. Nesse feixe inicial, a Administração Pública coopera com os destinatários do comando normativo: em conjunto, sopesam ações e ponderam alternativas, buscam soluções usadas em outros setores, constroem obrigações sinalagmáticas, fixam orçamento para implementação do projeto e estabelecem cronograma de cumprimento das metas, com periodicidade de reporte quanto aos avanços e obstáculos encontrados durante a implementação. Ou seja, negociam a melhor solução a ser endereçada ao caso concreto.

Percebe-se, então, que o primeiro nível da pirâmide da regulação responsiva representa uma verdadeira concertação entre as partes, que culmina na criação de um acordo entre elas, no qual se estabelecem os modos, os prazos, os investimentos e as metas que se deseja atingir. Trata-se de uma verdadeira atuação consensual, a partir da efetiva cooperação das partes em prol de um objetivo em comum.

Apenas e tão somente se for constatado, exemplificadamente, protelação infundada por parte do regulado, não cumprimento proposital das obrigações ou má-fé de qualquer estilo que quebre a confiança depositada pela Administração Pública, o agente regulador poderá escalar a pirâmide para buscar instrumentos coercitivos de cumprimento de obrigações⁵⁰³, cuja intensidade se agrava a cada novo descumprimento, podendo culminar na aplicação do sancionamento mais severo, alocado no ápice da pirâmide⁵⁰⁴.

Forthcoming, Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law (Eyal Zamir and Doron Teichman eds.). p. 1. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2220022>).

⁵⁰² Tradução livre de: “*Increasingly within both scholarly and regulatory communities there is a feeling that the regulatory agencies that do best at achieving their goals are those that strike some sort of sophisticated balance between the two models. The crucial question has become: When to punish; when to persuade?*” (AYRES, Ian. BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 21).

⁵⁰³ “*The starting point should still be negotiation. However, escalation should depend on an assessment of the firm’s motivational stance and regulatory capacity*” [Tradução livre: “O ponto de partida deve ser a negociação. Contudo, a escalada vai depender de uma avaliação da postura motivacional e da capacidade regulatória da empresa”] (BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. **Really Responsive Regulation**. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, n. 15, 2007. p. 8).

⁵⁰⁴ “*The idea of the pyramid is that our presumption should always be to start at the base of the pyramid, then escalate to somewhat punitive approaches only reluctantly and only when dialogue fails, and then escalate to even more punitive approaches only when the more modest forms of punishment fail*” [Tradução livre: A ideia é iniciar na base da pirâmide, escalando-a, quando o diálogo falhar, para adoção de abordagens punitivas e, em seguida, passar para abordagens ainda mais punitivas apenas quando as formas moderadas de punição

Isso contribui, inclusive, para que as medidas de imposição se tornem mais legítimas, dado que foi concedido à parte a oportunidade de acordar. Nas palavras de John Braithwaite: “o controle coercitivo passa a ser visto como mais legítimo quando as formas mais dialógicas são tentadas primeiro. Quando a regulação é vista como mais legítima e processualmente mais justa, o cumprimento da lei é mais provável”⁵⁰⁵. Porém, não se trata de caminho sem volta: caso a Administração Pública entenda que o administrado voltou a cooperar com o cumprimento da obrigação, ajustando sua conduta aos ditames inicialmente concertados, pode descender a pirâmide e voltar a utilizar meios menos intrusivos de administração.

Nesta altura, é importante pontuar que a regulação responsiva não é uma teoria estática ou fechada: cientes da complexidade e das diferenças existentes em cada país, seus precursores têm como pressuposto que os critérios da pirâmide não fazem parte de um programa regulatório previamente delineado, mas, ao contrário, denotam uma estratégia plenamente adaptável aos mais variados contextos econômicos, políticos, culturais e históricos⁵⁰⁶. Assim, cada setor pode ponderar os limites da atuação cooperativa e a guinada para adoção de medidas mais severas.

À parte disso, a teoria adota a lógica de que persuadir é mais barato que punir⁵⁰⁷, o que também contribui para a eficiência do agir administrativo, no aspecto da economicidade. Os custos de monitoramento quanto ao cumprimento do acordo são inferiores quando comparados ao ônus de litigar administrativa e judicialmente com o regulado. Para além do aspecto de custo-benefício, a eficiência é cumprida: como mencionado, a solução concertada, além de ser mais congruente com a realidade, eleva o nível do cumprimento das obrigações que foram construídas em conjunto, observadas as capacidades da parte. Nota-se, pois, a mesma lógica utilizada para que se lance mão de acordos administrativos.

falharem] (BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 30).

⁵⁰⁵ Tradução livre de: “*It is also that by only resorting to more dominating, less respectful forms of social control when more dialogic forms have been tried first, coercive control comes to be seen as more legitimate. When regulation is seen as more legitimate and more procedurally fair, compliance with the law is more likely*” (BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **U.B.C. Law Review**, v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011. p. 486).

⁵⁰⁶ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 5.

⁵⁰⁷ “*Punishment is expensive; persuasion is cheap. A strategy based mostly on punishment wastes resources on litigation that would be better spent on monitoring and persuasion. (A highly punitive mining inspectorate will spend more time in court than in mines)*” [Tradução livre: “A punição é cara; a persuasão é barata. Uma estratégia baseada principalmente em punição desperdiça recursos em litígios que seriam mais bem gastos em monitoramento e persuasão. (Uma inspetoria de mineração altamente punitiva passará mais tempo no tribunal do que nas minas)”] (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 20).

Em suma, na dinâmica da regulação responsiva, a Administração Pública conta com ferramentas de indução e coerção, em um cenário no qual se privilegia a celebração de acordos administrativos, dado que a relação dialogada é tida como preferencial, ou seja, como a primeira tentativa para a solução do problema.

E no contexto da implementação dessa teoria é forçoso estimar um exponencial aumento das relações concertadas, as quais merecerão uma processualidade que se adéque a esta nova realidade da Administração Pública. Existe incentivo ao estabelecimento de garantias para efetivação dos acordos, evitando que estes deixem de ser celebrados por ignorância de como agir, por desconfiança entre as partes ou, até mesmo, por medo de negociar, na ilusão de que a negociação, por si só, seria capaz de fazer as partes incorrerem em algum ilícito.

4.1.2 Flexibilidade versus regras processuais: risco à eficiência administrativa?

O reconhecimento legal sobre a possibilidade de a Administração Pública firmar acordos administrativos é resultado da efetivação dos ideais de consensualidade administrativa. Como visto, esse movimento, de um lado, deixa de ter o indivíduo como súdito para reconhecê-lo como sujeito de direitos passíveis de proteção e, de outro, entende ser imprescindível a sua participação nas decisões administrativas como forma de fortalecer a democracia participativa. As soluções concertadas, assim, obedecem a esses dois ideais.

Paralelamente, a consensualidade também passa a ser informada por diretrizes de eficiência: busca-se, nessa toada, a construção de soluções mais céleres, econômicas, efetivas e flexíveis, que melhor enderecem os problemas e demandas concretos. Nesse contexto específico, a proposta de processualizar uma atividade administrativa concertada pode soar contraditória e até afrontosa ao princípio da eficiência. Ao contrário. A pretensão que se coloca é a de buscar eficiência através da estipulação de parâmetros de conduta adequados à seara da concertação administrativa. Dado que, no ensinamento de Marçal Justen Filho, “a atuação administrativa deve materializar-se de modo formal, seguindo uma ordenação lógica destinada a evitar a atuação abusiva do titular da competência”⁵⁰⁸, a processualidade negocial conferirá segurança e confiança às partes quanto ao modo de concertar, evitando uma indesejável paralisia e garantindo, por consequência, uma atuação

⁵⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 340.

mais eficiente da Administração Pública. Na escola de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Não se cometa o equívoco de entender que o processo administrativo seria incompatível com a modernização do modelo de Administração que se pretendeu implantar com a Reforma Administrativa [...]. Pouco importa: no campo da licitude, apenas os atos instantâneos ou urgentíssimos (v.g. extinção de um incêndio, prevenção de um desabamento iminente) ou os não imediatamente conectados a uma volição (v.g. a passagem de um sinal luminoso do amarelo para o vermelho) independem de uma procedimentalização [...]. Fora daí, Administração e processo administrativo serão conceitos sinônimos.⁵⁰⁹

É preciso que seja dada ênfase ao termo “adequado”: não se trata de construir um normativo que conduza à inutilidade dos ajustes administrativos, limitados por uma excessiva rigidez que engesse a atividade consensual. É preciso, sim, uma “processualidade adequada”⁵¹⁰ aos ditames negociais.

O rito processual deve ser, em última análise, útil para alcançar o resultado que se deseja. De acordo com Marçal Justen Filho, o princípio da utilidade do procedimento “determina que todas as formalidades e todas as exigências adotadas em seu curso sejam úteis e necessárias ao atingimento da finalidade buscada, a qual consiste na produção da melhor decisão possível”⁵¹¹. No caso em debate, a finalidade buscada é a construção, em conjunto, do ajuste que melhor se adéque à situação concreta, sem que haja ferimento de qualquer instituto jurídico.

Assim, a eficiência estaria garantida, em primeira instância, pelo combate ao excesso e ao defeito⁵¹², havendo um delineamento processual estritamente necessário ao ótimo atingimento do escopo que se busca.

Em segunda instância, a eficiência estará garantida através do bom desempenho consensual do agente público, em duas vertentes. Àquele agente público que sempre se mostrou propenso à concertação, as regras processuais lhe conferirão segurança necessária para colocar em prática a negociação com a contraparte. Por outro lado, ao agente público ainda agarrado às tradicionais raízes da condução verticalizada, as regras processuais lhe

⁵⁰⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 28.

⁵¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003, p. 142.

⁵¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 344.

⁵¹² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Traducción Javier Barnes. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 26.

imporão uma obrigação de agir de maneira cooperativa, em linha com o que se espera dentro de um cenário de concertação administrativa.

Conforme afirma Odete Medauar, “verifica-se que a lentidão existe nas ações administrativas desprovidas de disciplina processual”⁵¹³. Nesse diapasão, em terceira instância, as regras processuais consensuais também respeitam a eficiência sob uma ótica burocrática, no sentido de conferir maior racionalidade, ordem e impessoalidade à atividade administrativa⁵¹⁴.

Significa dizer, portanto, que a eficiência jamais se mostrou contraditória ao processo. Ao contrário, o processo, quando adequado, se revela como instrumento garantidor dessa eficiência. Como bem prenota Emerson Gabardo, “a eficiência não está no enfraquecimento da lei ou do procedimento, mas no seu aprimoramento e valorização”⁵¹⁵. Através de um processualismo bem construído, é possível garantir a boa administração pública. O processo é instrumento de um Estado Democrático, que, por sua vez, exige uma gestão eficiente pautada em critérios de aproximação, transparência, controle, segurança jurídica e impessoalidade. Nas palavras de Luís Carlos Bresser-Pereira, “uma gestão eficiente não pode deixar de contar com procedimentos regulares e previsíveis que dificultem casuísmos e a corrupção do aparelho estatal”⁵¹⁶.

Portanto, a criação de um processualismo voltado ao consenso jamais irá ferir a eficiência que se busca ao lançar mão de instrumentos consensuais. Na verdade, esse processo garantirá o sucesso dos acordos administrativos, implementando uma boa atividade administrativa concertada, atingindo, ao fim e ao cabo, tal eficiência.

4.2 MATRIZ POR STANDARDS NORMATIVOS

A opção pela concretização estandardizada da processualidade administrativa negocial não é aleatória: o universo a ser tocado pelas balizas processuais envolve incontáveis formas de articulação entre os mais variados atores, públicos ou privados.

⁵¹³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p.190.

⁵¹⁴ WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (org.). **Sociologia da Burocracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 15-18.

⁵¹⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p.121.

⁵¹⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado em 1995. In: D'INCAO, Maria Ângela; MARTINS, Hermínio (org.). **Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 171-212. p. 179. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documento/2834>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Importa, aqui, conferir luz à necessidade de uma cadência uniforme que indique o itinerário negocial a ser respeitado para se atingir o resultado acordado, permitindo que haja a efetiva negociação e, claro, o controle dessa atuação.

Os detalhes procedimentais como, por exemplo, a indicação de prazos específicos, a possibilidade ou não de assinatura eletrônica ou a estipulação do local para promoção das negociações, podem ficar a cargo da autoridade que tenha competência para promover o acordo administrativo, caso entenda necessário, ou, ainda, pode ser de livre disposição dos negociantes.

A proposta de regência por standards se destaca como uma resposta eficiente à carência processual voltada ao consensualismo. Atua nos mesmos moldes da lei geral de processo administrativo federal, a qual, diferentemente dos demais Códigos, não estipulou em minúcias o procedimento a ser seguidos pelas autoridades administrativas, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A lei não estabeleceu um procedimento específico, um rito a ser adotado pelos órgãos administrativos, ao contrário do que se verifica com os Códigos de Processo Civil e Penal. Ela não estabeleceu fases rígidas a serem seguidas no desenrolar do processo. Por isso mesmo, logo no artigo 1º, está dito que “esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. A lei de processo administrativo é uma lei de princípios.⁵¹⁷

Mas não se trata apenas disso. A regência por *guidelines* vai em linha com o próprio espírito do processo negocial: ele deve ser flexível suficiente para obter uma solução mais adequada ao caso concreto. Não se trata de um engessamento da atuação administrativa, um retorno à imposição de uma burocracia rígida que confira legitimidade à atuação estatal⁵¹⁸.

No contexto jurídico, o standard obedeceria à noção de um padrão estabelecido, como uma regra de comportamento⁵¹⁹ que permite viabilizar o arquétipo do processualismo

⁵¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aplicabilidade da Lei de Processo Administrativo Federal. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 28.

⁵¹⁸ “*In order to allow for such continuous improvement through the self-monitoring of corporations, government regulations can be phrased as standards and norms rather than rigid rules and commands*” [Tradução livre: “A fim de permitir essa melhoria contínua através do automonitoramento das corporações, as regulamentações governamentais podem ser colocadas como padrões e normas, em vez de regras e comandos rígidos”] (AMIR, On; LOBEL, Orly. *Stumble, Predict, Nudge: how behavioral economics informs law and policy*. **Legal Studies Research Paper**, n. 09-006, 2009. p. 19. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1327077. Acesso em: 27 abr. 2019).

⁵¹⁹ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 21-22.

negocial, mas sem impedir regras outras que lapidem as exigências necessárias caso a caso⁵²⁰.

4.2.1 *Histórico orientador da regência por standards*

4.2.1.1 A constitucionalização do Direito

O primeiro e mais evidente evento histórico que conferiu lastro à gestão por *guidelines* foi o fenômeno da constitucionalização do Direito, através do qual a Constituição Federal passou irradiar seus valores a todos os demais ramos do Direito⁵²¹.

Em breve relato, a lição de Ricardo Marcondes Martins⁵²² resume didaticamente que a trilha dos princípios perpassa por três fases distintas e cumulativas: na primeira delas, os princípios são considerados os fundamentos da disciplina jurídica, trazendo aspectos estruturantes de todo o sistema jurídico. Para tanto, criam-se textos de aspecto mais generalista, passíveis de serem aplicados em absoluto. Nesse contexto, nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os princípios:

Encerram normas jurídicas universais, expressão de proteção do gênero humano na realização do direito [...] são juízos de valor, de expressão da justiça que iluminam o direito e preexistem, sociológica e racionalmente à obra legislativa, como produtos da história e da razão, extraídos da natureza das coisas.⁵²³

⁵²⁰ “Tomando como exemplo a lei-quadro francesa, o conjunto de padrões deve ser constituído de: especificação da ferramenta criada, para que serve e quais são as características mais importantes; o procedimento básico; os deveres que a Agência deve cumprir, como o dever de transparência e de motivação; os direitos conferidos aos particulares e os mecanismos de controle mais relevantes” [Tradução livre de: “*Taking the French example of the loi cadre, the set of standards should be constitute of: specification of the created tool, what is it for and what are the most important features; the basic procedure; the duties that Agency must observe, such as duty of transparency and duty of justification; the rights conferred to the particulars; and the most relevant control mechanisms*”] (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Administrative Settlements in the Shadow of the Non-Delegation Doctrine*. **Paper for the Course Conservative Critiques of the Administrative State** (Professor Donald Elliott). p. 19. Disponível em: https://www.academia.edu/18478589/Administrative_Settlements_in_the_Shadow_of_the_Non_Delegation_Doctrine. Acesso em: 30 jan. 2021.

⁵²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

⁵²² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15-16.

⁵²³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I. p. 406. No mesmo sentido: CRETILLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1998; LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

A segunda fase dos princípios leva em conta essa alta carga valorativa que estes carregam, passando a ser entendidos, então, como vetores de interpretação de todo o sistema jurídico, “servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definidor da lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”⁵²⁴. Assim, além de conferirem sustentação para a construção do ordenamento, os princípios também funcionam como métodos de compreensão deste: na dúvida quanto o conteúdo da regra, a interpretação deve ser condizente com os princípios que lhe dão base.

Por fim, a terceira fase confere aos princípios “estrutura lógica de normas jurídicas”⁵²⁵, com densidade normativa suficiente para serem aplicados diretamente ao caso concreto. Passam a funcionar como “mandados de otimização”⁵²⁶, para serem realizados da forma mais extensiva possível no caso concreto.

Em suma, e como é largamente sabido, o Estado Constitucional “modificou por completo o eixo de gravidade de todas as construções doutrinárias”⁵²⁷ ao atenuar o império da lei para se alicerçar diretamente nas normas constitucionais. A deferência aos ditames constitucionais passou a conferir legitimidade à criação, interpretação e aplicação das normas, estando a Administração Pública submetida à lei e, também, a “todos os princípios que consagram valores expressos e implícitos na Constituição”⁵²⁸. Assim, os princípios carregados pela Constituição passam a funcionar como um parâmetro de validade da ordem infraconstitucional e como um vetor de interpretação do sistema⁵²⁹, além de terem reconhecida densidade para aplicação direta ao caso concreto.

Sob a ótica, principalmente, da primeira e da segunda fase dos princípios, estes representam verdadeiros standards de atuação administrativa (e de funcionamento de todo o Direito). São eles que conferem as balizas mínimas esperadas do agente estatal, que, a partir

⁵²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54.

⁵²⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15.

⁵²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 90-95.

⁵²⁷ TORRES, Heleno. **Direito Constitucional Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

⁵²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e discricionariedade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 180.

⁵²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43.

delas, pode construir modos de atuação detalhados. Especialmente atrelados à Administração Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência constitucionais são grandes nortes que vinculam o agir público e que dão sustentáculo para desenvolver instrumentos que mantenham essa atuação dentro de tais molduras.

É verdade que a textura aberta dos princípios – muitas vezes com conteúdo indeterminado – gerou críticas quanto a sua aplicação indiscriminada, no estilo *one size fits all*. Ou seja, o conteúdo do princípio passa a ser tão amplo que serve como fundamento aos mais variados tipos de argumentos, inclusive contraditórios⁵³⁰. Nada obstante a crítica que se entende bastante pertinente, o que importa aqui demonstrar, em conclusão, é que os princípios jurídicos são considerados standards de atuação, balizas gerais que regem toda a vida administrativa.

4.2.1.2 Adoção do método da nova governança pública

Na sequência, cita-se como segunda fonte histórica da regência por standards a implementação da denominada nova governança pública, caracterizada como um modelo de gestão estatal que foi fundado, conforme ensinam Stephen P. Osborne e Kate McLaughlin:

[...] uma crítica incisiva da burocracia como princípio organizador dentro da Administração Pública, uma preocupação com a capacidade da Administração Pública garantir uma prestação econômica, eficiente e eficaz de serviços públicos e uma preocupação com os excessos de poder público e a consequente perda do poder dos usuários dos serviços.⁵³¹

Em apertada síntese, a concepção inicial da nova governança pública decorreu da já debatida reforma gerencial do Estado, cujos percussores, inspirados pelas técnicas de gestão privada baseada na eficiência, passam a exigir uma Administração Pública focada no atingimento de resultados. Na explicação de Odete Medauar:

Dentre as ideias de fundo destas reformas, citam-se a) Administração a serviço do cidadão, significando um novo modo de relacionar-se com a sociedade; b) transparência; c) administração eficiente; d) privatização difusa, sob dois

⁵³⁰ Sobre a crítica contundente quanto ao uso dos princípios jurídicos, vide: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 205-229.

⁵³¹ Tradução livre de “[...] *founded upon a trenchant critique of bureaucracy as the organizing principle within public administration (Dunleavy 1991), a concern with the ability of public administration to secure the economic, efficient and effective provision of public services (Hughes 1997), and a concern for the excesses of professional power within public services and the consequent disempowerment of service users (Falconer and Ross 1999)*” (OSBORNE, Stephen P.; MCLAUGHLIN, Kate. *The New Public Management in Context*. In: OSBORNE, Stephen P.; MCLAUGHLIN, Kate; FERLIE, Ewan. **New Public Management: current trends and future prospects**. London: Routledge, 2002. p. 9).

aspectos: d1) transferência, ao setor privado, de atribuições públicas, com redução do número de órgãos da Administração; d2) expansão de práticas inspiradas no direito privado, acarretando, inclusive, técnicas de gestão que priorizam os resultados, o chamado *new public management*, de origem inglesa.⁵³²

Nesse cenário, opta-se por delegar a prestação do serviço público a entes privados especializados, capacitados técnica e financeiramente para implementar tecnologia específica que garantirá uma prestação de serviço de qualidade, atendendo aos ideais de eficiência. Ao Estado, resta montar equipe especializada para cada setor específico, na intenção de comandar e controlar o exercício desse serviço público delegado através da expedição de regras de conduta esperadas do setor privado.

Dessa forma, passa-se a se fiar na técnica das Agências Reguladoras, compostas de funcionários especializados, incumbidos de implementar políticas públicas setoriais de forma autônoma e independente, cujo poder normativo permite que produzissem comandos apropriados para conduzir um bom desempenho desses serviços.

Nesse diapasão, as leis passam a deter um caráter balizador, reservando à Administração Pública especializada o poder de moldar regras específicas. Assim, conforme Alexandre Santos de Aragão, “a parametrização legal passa a ser feita por leis-quadro, que conferem balizas genéricas que conferem autonomia e agilidade para criação de regras setoriais”⁵³³. No mesmo sentido, dispõem Egon Bockmann Moreira e Heloisa Conrado Caggiano:

Ou seja, a lei fornece um standard, e a partir daí autoriza a autoridade administrativa a expedir atos com caráter normativo que, inclusive, gerem direitos, deveres e obrigações aos administrados. Daí por que, se não podem substituir a lei, os atos normativos das agências também não se limitam a sua mera execução.⁵³⁴

Vislumbra-se, novamente, uma regência por standards, em que a lei confere um caráter genérico, porém identificado, passível de ser posteriormente complementado por caracteres técnicos. Assim, sob a ótica da governança pública, os standards surgem como forma de gestão a ser posteriormente detalhada mediante aspectos técnicos e especializados, com fito de garantir maior efetividade aos comandos expedidos na seara de cada setor.

⁵³² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 151.

⁵³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a. p.441.

⁵³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (coord.). **Direito e Administração Pública**: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 538.

4.2.1.3 Aproximação dos sistemas da civil law e da common law

O terceiro paradigma histórico da regência por standards repousa no reconhecimento quanto a uma aproximação entre os ditames dos sistemas da *civil law* e da *common law*.

A principal característica que diferencia os sistemas é comumente atrelada ao fato de que o sistema romano-germânico tem a lei como fonte prevalente, enquanto, por outro lado, o sistema anglo-saxão privilegia a lógica dos precedentes, que trazem balizas merecedoras de respeito, ainda que não previstas dentro de um sistema legalista extenuante.

O primeiro ponto de aproximação abordado é de fácil percepção: nem apenas de lei vive a *civil law* e nem somente de precedentes sobrevive à *common law*⁵³⁵. Cite-se, no caso concreto, que o sistema romanístico cravou o marco da responsabilidade civil do Estado através de um precedente administrativo⁵³⁶. Por outro lado, o sistema anglo-saxão, nesse caso, especificamente, o sistema norte-americano, estruturou toda a processualidade administrativa através de regulamentos, e não de precedentes⁵³⁷, implicando dizer:

Na prática, a diferença certamente permanece, mas é menor do que geralmente afirmado. Por um lado, nos países da *common law*, a lei e os regulamentos assumiram uma importância considerável. Por outro lado, nos países romanistas, chamados pelos anglo-saxônicos como países de leis escritas, veem hoje a jurisprudência como uma verdadeira fonte do Direito.⁵³⁸

Outra distinção que se pode apontar é que no sistema da *civil law* sempre foi bastante clara a dicotomia entre o público e o privado. Isso demarcou efusivamente a seara privada na tentativa de evitar a interferência estatal, implementando, inclusive, a jurisdição dupla, isolando as discussões públicas e privadas. Enquanto isso, no sistema da *common law*, essa dicotomia não fica tão clara⁵³⁹, uma vez que os preceitos disciplinadores da atividade estatal

⁵³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015b. p. 59.

⁵³⁶ Trata-se do caso conhecido como *Arrêt Blanco*, no qual se reconheceu a jurisdição administrativa como competente para julgar casos de responsabilidade civil do Estado, que foi obrigado a pagar indenização pelo atropelamento e amputação da perna de Agnès Blanco, causado por uma vagonete pertencente a uma empresa estatal de tabaco.

⁵³⁷ Através dos normativos: *Administrative Procedure Act*, *Sunshine Act*, *Freedom of Information Act*, dentre outros.

⁵³⁸ Tradução livre de “*Dans la pratique, la différence subsiste certes, mais elle est moindre qu’on ne le prétend généralement. D’une part, dans les pays de common law, la loi et le règlement ont pris une importance considérable. D’autre part, les pays romanistes, appelés pays de droit écrit par les anglos, voient aujourd’hui dans la jurisprudence une véritable source du droit*” (FROMONT, Michel. **Droit Administratif des États Européens**. Paris: Presses Universitaires de France, 2006. p. 79). No mesmo sentido, Gustavo Marinho de Carvalho identifica que a utilização de precedentes administrativos deriva da aplicação dos princípios da igualdade, segurança jurídica, boa-fé e eficiência. CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 132-142.

⁵³⁹ POUND, Roscoe. Public Law and Private Law. **Cornell Law Quarterly**, v. XXIV, n. 4, jun. 1939. p. 469-470.

eram os mesmos aplicados às atividades privadas (*law of the land*)⁵⁴⁰, além do fato de todos se submeterem à mesma jurisdição. Explica José Guilherme Giacomuzzi:

Ao contrário do que se passa nos países continentais, os estudantes norte-americanos não são introduzidos à chamada “grande dicotomia”, a *summa divisio*, que estrutura o pensamento jurídico continental em qualquer situação, sendo apresentada ao estudante já nos primeiros dias de aula, para que os oriente desde o princípio. Mais que isso, enquanto os juristas continentais têm retirado da dicotomia um senso de prevalência do direito público sobre o direito privado, os norte-americanos, nas raras ocasiões em que consideram a dicotomia, usualmente invertem os polos e sustentam a predominância do direito privado (a *common law*) sobre o direito público (*droit politique*).⁵⁴¹

Entretanto, como já debatido neste trabalho, de há muito a dicotomia entre o público e o privado foi deixada de lado pelo direito administrativo, que sofre, nas palavras de Vitor Rhein Schirato, “de forma concomitante e contraditória, uma publicização do direito privado e uma privatização do direito público.”⁵⁴².

Nesse contexto, a publicização do direito privado substitui “a concepção individualista própria do direito civil pela concepção socializadora, própria do direito administrativo,”⁵⁴³ e cria institutos como, por exemplo, a função social da propriedade, que confere a ela utilidade pública e relativiza o direito tido como mais absoluto do direito civil⁵⁴⁴. Ao mesmo tempo, a privatização do direito público permite horizontalizar a atuação administrativa, reconhecendo feixes de paridade entre o Estado e o particular, além do uso de instrumentos atrelados ao direito privado⁵⁴⁵.

Isso faz crescer o número de standards que devem orientar tanto um quanto o outro ramo do direito, já que inspirados em parâmetros que podem ser aplicados relativamente de maneira uniforme nas relações públicas e privadas.

⁵⁴⁰ “Muitos problemas relativos não à organização administrativa, mas às relações nascidas da ação da Administração, escapam ao direito administrativo tal como os anglo-saxões o delimitam, porque é o direito comum, o *common law*, que lhes dá a solução [...]” (RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67).

⁵⁴¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público versus igualdade**. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 115.

⁵⁴² SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor. **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

⁵⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 38.

⁵⁴⁴ “A propriedade é direito absoluto e tem, por isso mesmo, eficácia *erga omnes*” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Bookseller, 2001. Tomo 11. p. 16).

⁵⁴⁵ “Com efeito, a Administração recorre cada vez mais à utilização de meios jurídicos-privados na sua tarefa de satisfação das necessidades coletivas, fazendo o Direito Privado uma espécie de substituto do Direito Administrativo” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 103).

4.2.1.4 A emergência de um Direito Global

A revolução tecnológica, que culminou no fenômeno da globalização⁵⁴⁶, aproximou a atuação dos Estados, aos quais foram sendo paulatinamente estabelecidas regras de regulação mundialmente padronizadas⁵⁴⁷: passa-se, por exemplo, a exigir um padrão de qualidade dos alimentos para que sejam exportados; ou, ainda, exige-se um padrão de respeito ao meio ambiente para que os países recebam alguma espécie de cooperação econômica. A própria finalidade da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), entidade internacional que fomenta a ajuda entre os países para a evolução da economia, é a “promoção de padrões convergentes em vários temas, como questões econômicas, financeiras, comerciais e ambientais”⁵⁴⁸.

O modo de atuação padronizado exigiu, por consequência, regras de conduta padronizadas⁵⁴⁹. Nesse sentido, conforme explica Odete Medauar, os sistemas jurídicos passam a se tornar “permeáveis a diretrizes e padrões oriundos de tratados, convenções e organismos internacionais públicos e privados, que visam, em regra, a harmonização de conceitos e soluções”⁵⁵⁰. É criado, pois, uma espécie de “ordenamento jurídico superior, dotado de uma própria normatização, de uma administração (direta e indireta) e de uma jurisdição (ainda que primitiva) que penetra em um ordenamento jurídico diverso, o nacional”⁵⁵¹.

Apesar do respeito à soberania e à liberdade dos respectivos países estatais em criarem normas internas próprias, fato é que para que o Estado seja inserido dentro do contexto global, é inevitável que se caminhe para um comportamento ditado pelos *guidelines* estabelecidos internacionalmente.

⁵⁴⁶ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010. p. 25.

⁵⁴⁷ “[...] próprias das matérias de particular complexidade técnica e de setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas” (SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 12).

⁵⁴⁸ Conforme explicação extraída do site oficial do governo brasileiro: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁵⁴⁹ Cassese Sabino cita alguns exemplos de padrões que passam a ser exigidos globalmente, como preservação do meio ambiente, proteção à propriedade intelectual, proteção às regras trabalhistas, controle de energia nuclear, controle anticorrupção, dentre outros. Cf. CASSESE, Sabino. **The global polity**. Global dimensions of democracy and the rule of law. Sevilla: Editorial Derecho Global; Global Law Press, 2012.

⁵⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 99.

⁵⁵¹ Tradução livre de: “*In questo caso, quindi, un ordinamento giuridico superiore, dotato di una propria normazione, di amministrazione (diretta e indiretta) e di giurisdizione (anche se in uno stadio primitivo si sviluppa) penetra in ordinamento giuridico diverso, quello nazionale*” (CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Einaudi, 2009. p. 19).

4.2.2 O desafio da regência por standards normativos

O desafio atinente à regência por standards se volta, especialmente, à indeterminação que as regras gerais podem carregar, o que daria azo a demasiada abertura da discricionariedade administrativa, dificultando o controle do agir estatal. Significa dizer que, quanto mais indeterminado o conceito normativo contido no standard, mais ele poderá ser utilizado para justificar um grupo de diversificadas e até contraditórias ações estatais, dado que serão baseadas em diferentes pontos de vista hermenêuticos. Conforme aponta David Duarte, ao narrar sobre a semântica da lei:

A textura aberta remete, portanto, para o conhecido esquema das zonas de denotação, onde se pode detectar um campo de denotação de certeza positiva, um campo de denotação de certeza negativa e uma zona de incerteza [...] a textura aberta é, naturalmente, uma causa significativa de indefinição, pois para cada conceito utilizado pode sempre haver um dever que gere a existência de uma zona de incerteza.⁵⁵²

Na prática, o indeterminismo poderia ser utilizado para mascarar uma falsa motivação de escolhas estatais, ou, conforme expressa Carlos Ari Sunfeld, como “um truque para esconder a falta de fundamento dos pedidos, o puro voluntarismo na tomada de decisões, e até a mais descarada violação de normas”⁵⁵³. Portanto, conforme pondera Egon Bockmann, a segurança quanto ao controle da ação administrativa repousa em tê-lo subsumido a regras precisas:

Significa desenvolver, verificar, fiscalizar a atividade administrativa exercitada pela Administração, examinando-a de modo mais preciso e vinculado com as disposições normativas pertinentes. Tanto mais exatas as obrigações daquele que exerce sua atividade, mais viável será o controle da eficiência de seu desempenho.⁵⁵⁴

⁵⁵² DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 217-218.

⁵⁵³ O mesmo autor explica a fluidez que a generalidade pode tomar na prática administrativa: “Uma descrição honesta do estágio atual do direito administrativo brasileiro tem que reconhecer que nenhum dos três discursos – o dos poderes da administração, o dos interesses públicos e o dos direitos fundamentais – pode ser considerado vencedor [...] na vida real, o mesmo órgão jurídico – um juiz, por exemplo – usará qualquer dos discursos dependendo do tema, sem nenhum constrangimento [...] essa flutuação talvez mostre, não a falta de personalidade do prático do direito administrativo – que inclusive, flutua sob o estímulo do próprio direito positivo – mas o artificialismo das teorias e princípios muito gerais e de suas pretensões de unificação do direito administrativo” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 186 e 123).

⁵⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 207.

No mesmo sentido, Sergio Ferraz, nada obstante reconhecer que a abertura do linguajar jurídico serve à sua revitalização, já que a doutrina e a jurisprudência podem captar dela novos informadores que surgem com a evolução dos conceitos, expõe que:

Doutra parte, essa mesma “textura aberta” funciona, com frequência tristemente indesejável, para manipular aspirações e conceitos, enclausurando-os na acepção que dogmaticamente a ciência do Direito e seus cientistas considerem oportuna e conveniente para barrar o anseio de transformação.⁵⁵⁵

Some-se a isso o dinamismo das interpretações dogmáticas dos conceitos abertos – influenciadas pelo momento histórico, pelas alterações nos arranjos institucionais e sociais e por qualquer outra variável que mova o pêndulo de um lado para o outro –, que contribui para um panorama desfavorável à criação de cláusulas gerais de comportamento.

Esse receio quanto à regência por standards ganha especial relevância no contexto dos acordos administrativos. Trata-se de uma seara com certa liberdade de negociação, cujas propostas são delineadas a partir das informações extraídas do caso concreto. Nesse contexto, a negociação não pode ficar paralisada, ou sequer ser reduzida, por medo do agente público de ter seu comportamento classificado como violador de uma regra geral, a depender da interpretação que se dê a ela.

Contudo, entende-se que a questão se encontra superada desde a previsão legal expressa quanto à impossibilidade de se decidir com base em conceitos abstratos inserida na LINDB por meio do artigo 20: desde que haja uma robusta motivação que demonstre as razões da atuação administrativa, sopesando as alternativas possíveis, não é possível prosperar a insegurança do agente no desenvolvimento do seu trabalho. Isso será ainda mais fortalecido a partir das regras que balizem a atitude do agente no sentido de ser aberto à consensualidade.

Logo, não se deve buscar o extermínio da regência por standards, por entender que estes fazem parte da própria essência do Direito. Se a ciência do Direito cuida do mundo do dever ser,⁵⁵⁶ certamente irá se deparar com situações que, ao mesmo tempo, não permitirão à lei delinear de forma tão precisa o modo de agir no caso concreto, mas exigirão algum tipo de regência normativa.

⁵⁵⁵ FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: prazos e preclusões. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 282.

⁵⁵⁶ “Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5).

Ainda no caso dos acordos administrativos, as diferentes formas que os arranjos podem assumir – considerando as partes envolvidas, o grau de flexibilidade conferido pela lei, a finalidade para qual o acordo está sendo firmado – fazem que a lei não consiga precisar, ponto a ponto, a ação que os atores envolvidos devem tomar. Confere-se, pois, uma diretriz, e esta pode, depois, ser detalhada setorialmente, nos casos em que se entenda necessário.

Nada obstante o sustentado, é óbvio que é indesejável a existência de uma norma completamente genérica, que impeça uma extração mínima de entendimento sobre seu escopo. O criador da norma precisa cuidar para assegurar que o texto normativo tenha equilíbrio: deve ser aberto o suficiente para ser aplicado amplamente, a qualquer tipo de concertação, mas deve ter concretude suficiente para externar a sua finalidade.

Mais do que tudo, é preciso cuidar para que a norma seja unificadora do comportamento estatal, mesmo quando se trata de um instituto tão variável no caso concreto. Assim, independentemente do tipo de acordo de que se esteja tratando é preciso que a negociação efetivamente aconteça, já que ínsita ao instituto consensual, e que respeite balizas específicas desse atuar concertado. Segue-se, então, a lógica unificadora da lei geral de processo administrativo, externalizada nas palavras de Carlos Ari Sunfeld:

Ademais, as leis gerais brasileiras de processo administrativo optaram por um modelo normativo relativamente minimalista, abdicando da pretensão de fazer um esforço de catalogação e distinção dos tipos processuais, deixando, assim, espaço para que as regras mais concretas fossem sendo construídas por legislação ou regulamentação específicas, ou mesmo pela jurisprudência constitucional, que vem produzindo muitas definições a respeito, especialmente a partir da cláusula da Constituição de 1988 que assegurou a aplicação, nos processos administrativos, dos princípios do contraditório e da ampla defesa.⁵⁵⁷

Outro desafio que se pode apresentar ocorre quando tais balizas são trazidas dentro de normativos infralegais. O questionamento que se faz é se a Administração Pública poderia se autovincular a normativos que impõem limites à discricionariedade que lhe é conferida por lei. Ou seja, não havendo uma padronização específica quanto à relação consensual, tais variáveis ficariam à cargo da discricionariedade administrativa derivada da lei, que, por sua

⁵⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 294. O autor explica que a opção minimalista da lei, construída basicamente por diretrizes, se pauta em algumas razões: (I) a lei brasileira teve inspiração na lei norte-americana, que designa o processo administrativo como método imposto pela lei para a tomada de decisão administrativa, e não para apresentar conceitos e classificações a diferenciaria dos processos judiciais, o que tornaria a lei mais extensa; (II) pelo fato de que os métodos de controle dos atos administrativos (pós-redemocratização) podiam ser extraídos da Constituição Federal; (III) pelo fato de que as regras processuais administrativas também poderiam ser extraídas do direito processual comum (civil). Em suma, explica que as leis processuais administrativas surgiram como reforços a uma estrutura de processo administrativo já fortalecida pelas previsões constitucionais.

vez, não conferiu competência autovinculativa à Administração Pública no exato instante em que decidiu não detalhar os mencionados standards.

Não prospera, contudo, esse entendimento. Crê-se que a própria discricionariedade administrativa confere liberdade para que a Administração Pública escolha se autolimitar, caso entenda conveniente e oportuno. Ora, se a discricionariedade é tida como “meio intencional destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa,”⁵⁵⁸ a conclusão a que se chega é diametralmente oposta à provocação trazida: se a Administração Pública entender que as balizas limitadoras da atuação estatal enaltecerão os comandos legais e respeitarão o ordenamento jurídico, detém plena liberdade para fazê-lo, sem que isso represente ferimento à lei, afinal, “a prevalência do princípio da legalidade não exclui o cabimento da discricionariedade.”⁵⁵⁹

4.3 A FORMALIZAÇÃO DA MATRIZ

A cultura da legalidade formal ainda permanece bastante arraigada nos argumentos que contestam uma determinada escolha administrativa. Assim, a falta de lei específica que respalde dada atuação administrativa ainda funciona como uma das grandes teses que impugnam as decisões estatais, servindo, ainda, como prequestionamento a um eventual litígio judicial. Enxerga-se na lei a verdadeira fonte de segurança jurídica.

Apesar disso, sabe-se ser possível lançar mão de uma maior gama de métodos de estipulação de condutas, que não se restringem unicamente à lei, mas que permitem o uso de instrumentos que podem, por sua vez, conter delineamentos *hard* ou *soft*, conforme coloca Egon Bockmann Moreira:

Quanto a intensidade, a regulação pode ser *soft* ou *hard*: macia ou dura. A regulação *soft* estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, premiais e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. [...] Já a *hard regulation* é aquela em que a autoridade competente (pública ou privada) estabelece ordens a serem obedecidas pelos agentes econômicos, que são obrigados a cumpri-las: proibir e obrigar são os verbos dos quais se ocupa a regulação *hard*.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 243.

⁵⁶⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual o futuro do direito na regulação do Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. e ROSILHO, André. (coord.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 117.

Nesse sentido, os meios que exijam a implementação de um processualismo negocial podem tomar contornos de lei, de regulação *hard* (esta semelhante à lei, de comandos impositivos para adoção de determinada conduta) ou de regulação *soft* (conferindo incentivos aos agentes públicos e às entidades privadas que atuem cooperativamente).

4.3.1 A difícil superação do legalismo formal

A Constituição Federal carrega, em seu artigo 5º, inciso II, o direito fundamental que exige a existência de um comando legal para forçar a adoção de uma ação ou de uma abstenção. A Constituição também estipula, no caput do artigo 37, a legalidade como princípio informador da Administração Pública, como forma de limitar o conteúdo dos atos administrativos aos ditames do Direito.

Significa dizer que a lei aparece como uma constante na metodologia de indução do agir estatal em prol da proteção do interesse da sociedade. Aliás, essa sociedade, verdadeira detentora do poder dentro do Estado Democrático, vê esse poder sendo exercido por meio de representantes eleitos para compor o Poder Legislativo, responsável por concretizar esse interesse através do mesmo citado instrumento, a lei. Seria a lei, então, a primeira legitimadora da vontade popular, o instrumento de proteção aos direitos perante a Administração Pública que, ao mesmo tempo, deve buscar o interesse público, sem descuidar dos direitos fundamentais individuais. Na explicação de Egon Bockmann Moreira:

Para a Administração a lei é o meio eficaz, porque cogente, de descortinamento do interesse público. A finalidade a ser buscada pelo agente, contida e qualificadora da relação de administração pública, é o atendimento ao interesse público, tal como previsto em lei. Incide o princípio da legalidade, que estabelece parâmetros e limites da conduta administrativa e, por consequência, de relação de administração.⁵⁶¹

Entretanto, não representam novidade para a literatura do Direito as críticas voltadas à dependência exclusiva da lei. Não se está a falar sobre o legalismo formal combatido pela constitucionalização do Direito, mas sim sobre o que se pode entender por “supremacia” que o Poder Legislativo exerce em relação ao Poder Executivo⁵⁶², delineando estritamente as

⁵⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.33.

⁵⁶² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

condutas administrativas, acabando por engessar ações estatais que, por vezes, requerem respostas mais rápidas ou mais técnicas para a solução de uma demanda que se apresenta.

À parte da crescente fragmentariedade social cujo avanço sabidamente não consegue ser acompanhado pelas alterações legislativas, o aumento da complexidade da estrutura administrativa, cujas funções se expandiram para abarcar os mais variados deveres (prestacionais, garantísticos, indutivos, reguladores, fomentadores, concorrenciais), exigiu conferir nova roupagem à noção de legalidade. Criou-se, então, espaço que permitisse à Administração Pública ter maior flexibilidade para reger assuntos que a lei, sozinha, não seria capaz de abarcar. A conferência de um poder normativo à Administração Pública atribuiu competência para que ela estabelecesse regramentos que endereçassem problemas próprios da função administrativa. No ensinamento de Miguel Sánchez Morón:

Por um lado, a amplitude das tarefas levadas a cabo pelo Estado, ou seja, pela Administração, torna difícil que um Parlamento escasso de recursos técnicos e humanos regule com precisão. Por outro lado, a complexidade atual das sociedades desenvolvidas e as mudanças tecnológicas, econômicas e sociais impedem, muitas vezes, que se estabeleçam normas estáveis e rígidas sem que isso mine a capacidade de resposta do governo para gerir o interesse geral, isto é, para atender efetivamente as demandas da sociedade.⁵⁶³

A nova roupagem da legalidade não altera a noção do princípio em si, de que a Administração Pública deve se submeter às leis. Mas não apenas às leis a Administração a deve obediência, como também, é claro, à Constituição e aos regramentos por ela mesma expedidos em conformidade com o Direito, não agindo de maneira contraditória às regras que ela mesma criou para si. O Poder Legislativo e Poder Executivo passam a trabalhar em conjunto: a lei passa a funcionar como uma moldura, que fixa diretrizes e bases que “orientam em algum grau o sentido e o conteúdo”⁵⁶⁴, permitindo que o Executivo exerça sua competência normativa⁵⁶⁵. Em outras palavras, a lei pode traçar um panorama genérico

⁵⁶³ Tradução livre de: “*Por un lado, la amplitud de las tareas que ha asumido el Estado, es decir, la Administración, resulta difícil de regular con toda precisión por unos Parlamentos con medios técnicos y personales relativamente escasos. Por otro lado, la complejidad actual de las sociedades desarrolladas y la rapidez de los cambios tecnológicos, económicos y sociales impiden muchas veces establecer normativas estables y estrictas, si no se quiere mermar la capacidad de respuesta de la Administración, para gestionar los intereses generales, es decir, para atender con eficacia las demandas de la sociedad*” (MORÓN, Miguel Sánchez. *Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ius Et Veritas*, Peru, v. 21, n. 43, p. 260-270, abr. 2011. p. 263).

⁵⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 246-247.

⁵⁶⁵ “Por isso inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados numa linha de montagem, para aos problemas jurídicos” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36).

que venha a ser moldado, posteriormente, pelo regramento infralegal. Conforme expõe Carlos Ari Sunfeld:

Com tudo isso, foi destruído o monopólio da função normativa, originalmente pertencente ao legislador, implantando-se um regime concorrencial de normas. Pode-se dizer, assim, que os “interesses do Direito” não estão mais aos cuidados apenas do Parlamento, como se concebeu de início; há muitos outros organismos cuidando deles. Logo, carece de base a visão monista de legalidade, de que a vinculação da Administração ao Parlamento ainda seja a alma do direito administrativo.⁵⁶⁶

Contudo, a prática administrativa ainda coloca em dúvida a verdadeira superação do império da lei. Explica-se: conforme trazido no primeiro capítulo, a consensualidade administrativa foi instituída a partir da valorização do administrado trazida pela Constituição Federal e pelo Estado Democrático de Direito, que, de um lado, passaram a reconhecê-lo como sujeito de direitos merecedores de proteção e, do outro, passaram a exigir sua participação efetiva nos processos decisórios administrativos. Aliada à essa aproximação entre Estado e cidadão, a eficiência administrativa exigiu instrumentos de solução de controvérsias mais céleres e principalmente, com resultados mais efetivos. Some-se a isso, a robusta doutrina que sacramentou o desgaste dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, demonstrando que a queda da ação pública vertical seria benéfica tanto à eficiência como aos ditames da democracia participativa.

Influenciados por essa nova dinâmica, foram trazidos instrumentos essencialmente privados para solucionar controvérsias tomadas em âmbito público: foram inseridas cláusulas de arbitragem nos contratos administrativos⁵⁶⁷ e foram criados, via regulamento, instrumentos que substituiriam os processos administrativos sancionadores.

Mesmo diante de um cenário jurídico propício à concertação administrativa e mesmo diante de instrumentos não legais criadores de formas alternativas de solução de conflitos, instaurou-se intenso debate sobre a possibilidade da utilização desses instrumentos na seara pública. Em outros termos, mesmo dentro de um contexto seguro à concertação, a solução incontestada que permitiria o uso de tais instrumentos veio da lei⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 243.

⁵⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As Arbitragens e as Parcerias Público-Privadas. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010a. p. 103.

⁵⁶⁸ A Lei nº 13.129/2015 externou a possibilidade de a Administração Pública lançar mão de arbitragens para resolver conflitos (alterando a Lei nº 9.307/1996), ao passo que a Lei nº 13.655/2018 autorizou de forma genérica a promoção de concertação pela Administração Pública (alterando o Decreto nº 4.657/1942).

Disso se conclui que a lei ainda funciona como tábua de salvação para pacificar o entendimento sobre o que a Administração Pública deve ou não fazer. Seria, então, necessária a criação de uma lei que preveja as diretrizes da negociação?

O inciso I do artigo 22 da Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre processo. No que toca à seara dos processos administrativos, já existe a Lei Federal nº 9.784/99 que traz os princípios, direitos, deveres, prazos, recursos, enfim, todo o aparato necessário para que se compreenda e se respeite o funcionamento do processo administrativo. Tratam-se, contudo, de normas gerais, uma vez que o artigo 69 da Lei Federal nº 9.784/99 permite que processos específicos sejam tratados em leis próprias, aplicando subsidiariamente seus preceitos.

No caso em debate se está a falar de uma processualidade específica, relativa às ações concertadas da Administração Pública, que, na letra do artigo 69, poderiam ser explicitadas em lei própria. Mas a menção quanto à “lei própria” se refere à legalidade estrita (comando advindo do Legislativo), ou à legalidade ampla (permitindo a produção normativa da própria Administração Pública)?

Em primeiro lugar, se entende que o processo administrativo serve à uma finalidade de funcionamento administrativo, racionalizando seu modo de atuação⁵⁶⁹. Ademais, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, do ponto de vista técnico-jurídico, não estaria a externalização da processualidade negocial necessariamente atrelada à edição de uma lei. Isso porque a previsão constitucional mirou, especificamente, os processos judiciais, sendo um comando advindo de Constituições anteriores, que sequer discutiam uma normatização do processo administrativo. Em suas palavras:

A matéria de processo administrativo não foi inserida entre as de competência privativa da União, previstas no artigo 22 da Constituição, nem entre as de competência concorrente da União, Distrito Federal e Estados, especificadas no artigo 24. É verdade que o inciso I do artigo 22 inclui o “direito processual” entre as matérias de competência privativa da União. E o artigo 24, inciso XI, prevê entre as matérias de competência concorrente as que dizem respeito aos procedimentos em matéria processual. No entanto, o entendimento que se adota é o de que o dispositivo está a referir-se ao processo judicial, até porque se trata de competência que, tradicionalmente, nas Constituições anteriores, já era prevista como privativa da União, quando as mesmas não continham normas sobre processo administrativo.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ O que conferiria competência ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre o funcionamento da administração federal, conforme artigo 84, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal.

⁵⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aplicabilidade da Lei de Processo Administrativo Federal. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 24-25. No mesmo sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato administrativo e procedimento administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo:

Portanto, apesar da previsão constitucional e do artigo 69 da Lei nº 9.784/99 abordarem o termo “lei própria”, conclui-se ser possível atribuir ao poder normativo administrativo a edição do modo de atuação das partes quando inseridas em um contexto consensual. Entende-se, aqui, ser o caso do que Eros Grau denominou de reserva da norma:

Tome-se o enunciado do preceito: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ora, há uma visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei; [ii] vinculação às definições decorrentes – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso, estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da “reserva da norma” [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio está sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos [= reserva da norma], razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares e os vincule.⁵⁷¹

Por outro lado, do ponto de vista da uniformidade, entende-se que o instrumento legal tem melhor desempenho no incentivo a uma homogeneização da conduta administrativa. Conforme demonstrado no Capítulo anterior, os normativos infralegais podem conferir tratamento bastante dispare sobre um mesmo assunto. E ainda que assim não aconteça, o normativo atuará na seara da entidade que o promoveu: significa dizer que cada instituição competente para concertar poderá emitir regras de conduta mais ou menos amplas, ainda que inspiradas pela ideia de promover a negociação.

Ademais, a obrigação legalizada parece ter um impacto mais significativo na implementação de uma cultura diferente, de uma real e verdadeira atenuação da verticalidade administrativa, como um valor espraiado a todos. Assim, toda a Administração Pública deve seguir um itinerário voltado à consensualidade. Do mesmo modo, todo particular, ao mesmo tempo, pode exigir essa forma de atuação administrativa de todas as entidades e, também, deve agir respeitando tais ditames. Mais além, a obrigação legalizada deriva do Poder Legislativo, que, na voz representativa dos cidadãos, emite modos de comportamento concertados como um respeito do Estado aos clamores da sociedade.

Nesse sentido, nada obstante ser juridicamente viável a emissão de regras processuais negociais por modos infralegais, é possível que se vislumbre uma difícil superação do uso da legalidade estrita.

Revista dos Tribunais, 2015. v. 5 e SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 265.

⁵⁷¹ Trecho extraído do HC 91509/RN. Relator Min. Eros Grau. **DJe**, 12 fev. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607662>. Acesso em: 22 ago. 2020.

4.3.2 Normativos infralegais: atuação setorizada e cura para o déficit democrático

Estabelecida a premissa quanto à possibilidade de expedição de normativos infralegais para tratar do processualismo negocial, trava-se discussão a respeito do grau de legitimidade advindo de comandos produzidos por agentes estatais.

Esse tema, apesar de não representar novidade para o Direito Administrativo, tem relevância para o debate – principalmente frente ao risco do efeito *arm twisting* que pode decorrer dos acordos administrativos: as condicionantes advindas de um modo de atuação supostamente cooperativo podem não passar de imposições unilaterais para fazer valer as escolhas do poder público que está acordando. Em outros termos, é possível que o efeito torção de braço ou, ainda que não tão grave, a atuação imperativa estejam na própria criação do normativo infralegal que irá reger a conduta consensual da Administração Pública, permitindo a esta inserir regras que autorizem a ocorrência de outras condutas imperativas na seara dos acordos.

Assim, o risco de padrões de comportamento que perpetuem a conduta imperativa ou gerem o *arm twisting* seja maior quando seu delineamento se dê exclusivamente por normativos infralegais, já que é possível moldar o texto de forma conveniente às atuações que se deseja extrair da entidade. Pode-se argumentar que a previsão puramente legal dessas condutas não seria capaz de ilidir a criação de complementos infralegais que tentariam regulamentar a atuação administrativa de maneira imperativa. Mas não se nega que a existência de uma lei de regência, ainda que standardizada, faria que os normativos infralegais tivessem maior vinculação à finalidade, ou seja, ao espírito da lei permeia a atividade administrativa, aumentando o controle e a força da impugnação no caso concreto.

É preciso, portanto, que se atente à substância e à finalidade do comando normativo, para que ele represente uma verdadeira intenção de extrair um comportamento concertado. O estabelecimento de um escopo cristalino sobre o comportamento esperado das partes permite um efetivo controle.

A garantia da boa construção substantiva da norma infralegal pode, então, ser extraída da participação e controle popular quando da sua criação, embasada, inclusive, pela previsão constitucional do artigo 37, parágrafo 3º, que incentiva a participação popular nas atividades da Administração Pública direta e indireta⁵⁷², que “valoriza o princípio da

⁵⁷² Conforme aponta Fábio Gomes dos Santos, as demandas pela democratização da Administração Pública no Brasil passaram a ter maior atenção a partir da Constituição Federal de 1988, que, além de promover a

cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público”⁵⁷³.

Também, o artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro passou a prever expressamente, a partir da Lei nº 13.655/2018, a possibilidade de realização de consulta pública antes da emissão de atos normativos pelas autoridades administrativas, de forma a, nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira, “materializar e efetivar o direito fundamental à participação na gestão pública, influenciando ativamente a ação pública, conferindo assim maior legitimidade à decisão administrativa”⁵⁷⁴. Em adendo, a realização da consulta pública como instrumento legitimador tem conotação, inclusive, como meio de materializar a motivação dos atos normativos da Administração Pública. Conforme ensina Vera Monteiro, haveria um dever na viabilização dessa consulta pública, vinculando sua promoção ao exercício do devido processo legal na seara administrativa:

A consulta pública surge, então, como requisito de validade do ato administrativo normativo. A falta de consulta pública (ou a realização de consulta pública vazia de sentido), e a conseqüente omissão da Administração Pública afeta a validade da norma, por implicar em ausência de motivação. Sem isso, o controle fica prejudicado (verificação acerca da existência ou não de motivação e da congruência das variáveis que conferem racionalidade ao processo normativo).⁵⁷⁵

Impende ressaltar que o nó górdio na realização das consultas públicas é bastante semelhante ao desafio encontrado nos acordos administrativos: obter a legitimidade da efetiva ponderação dos argumentos trazidos, ou seja, após efetivo exercício do devido processo legal substantivo, motivando de forma congruente o não acatamento de eventuais contribuições. Na explicação de Gustavo Justino de Oliveira:

No entanto, para serem considerados mecanismos cooperativos úteis, tudo aquilo que for discutido ou configurar resultado do emprego de instrumentos participativos (v.g. audiências públicas, consultas públicas, referendos administrativos, coletas de informação, entre outros) deve ser devidamente

importância do cidadão (como sua soberania), também instituiu inúmeras práticas participativas na Administração Pública, nos artigos: 10, 187, 194 parágrafo único, VII, 198 III, 204 II, 206, 216 parágrafo primeiro, 216-A, 225 e 227 parágrafo primeiro. SANTOS, Fábio Gomes do. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 24.

⁵⁷³ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 1-6, jul./set. 1997. p. 138.

⁵⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 455.

⁵⁷⁵ MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB: regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018. p. 236

considerado pelo órgão ou autoridade decididora, previamente à emissão do provimento administrativo.⁵⁷⁶

Assim, a mera participação formal, vazia, não é suficiente para conferir legitimidade aos comandos infralegais. E, atrelado a esse obstáculo, também se faz necessário conferir atenção à qualidade da participação popular: muitas vezes, os temas colocados em consulta pública estão inacabados (consistem em meros esboços de atos normativos), o que dificulta entender a finalidade buscada pela Administração Pública.

Tais falhas, além de soarem como agravantes à falta de legitimidade da atuação normativa, também podem incorrer no que Scott Jacobs denomina de “fadiga de consultas” – não pela quantidade excessiva de consultas públicas promovidas, mas pela má qualidade das mesmas, que contêm materiais inacabados, sem uma finalidade determinada e que são difíceis de compreender⁵⁷⁷. O exacerbado tecnicismo – muitas vezes inevitável, já que faz parte da Administração Pública especializada – e a falta de maior concretude daquilo que pretende a Administração Pública podem impedir, então, uma larga compreensão quanto à essência da construção normativa estatal, dificultando julgar se esta se faz ou não correta. Por esse motivo, nas palavras de Alexandre Levin:

O rito utilizado não deve ser complexo a ponto de afastar eventuais interessados. A ampla participação popular é um imperativo – a verdadeira razão de ser do instituto – e o procedimento utilizado deve ser desburocratizado, simples e de fácil compreensão, para que todos possam dele participar.⁵⁷⁸

Para além da máxima simplificação do processo de construção do normativo infralegal, os interessados também podem se socorrer de associações ou organizações

⁵⁷⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 20, abr./jun. 2005. p. 185.

⁵⁷⁷ “*The increased use of consultation has recently given rise, at least in Canada and in the European Commission, to concerns about ‘consultation fatigue’. But this concern probably has less to do with the quantity of consultation with the quality of consultation. Much of the consultation material that is released to the public is still turgid, poorly focused, and difficult to understand*” [Tradução Livre: “O aumento do uso de consultas culminou, pelo menos no Canadá e na Comissão Europeia, na preocupação sobre a ‘fadiga da consulta’. Mas essa preocupação tem menos a ver com a quantidade de consultas do que com a qualidade delas. Grande parte do material dessas consultas que é disponibilizado ao público é inchado, não tem um foco específico ou é difícil de compreender] (JACOBS, Scott. **Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making**. 30 May 2006. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jftG9_n8d8YJ:regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs_Current_Trends_and_Processes_in_RIA_May_2006.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 24 ago. 2020).

⁵⁷⁸ LEVIN, Alexandre. Consulta e Audiência Pública: considerações sobre o art. 29 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 465.

especializadas no tema, que sejam capazes de traduzir o conteúdo da pretensão estatal, permitindo uma melhor participação.

Ademais, o controle quanto à qualidade substantiva do regramento administrativo também deve advir da Análise de Impacto Regulatório (AIR) do novo comando que se quer emitir, entendido esse instrumento, no ensinamento de Patrícia Pessôa Valente, como sendo um “procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal, baseado no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma dada decisão”⁵⁷⁹. Sua finalidade, então, é de “orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes”⁵⁸⁰, elevando a qualidade dos comandos normativos infralegais⁵⁸¹.

Trata-se, então, de uma ferramenta capaz de promover uma análise ampla do impacto normativo, mensurando, dentre outros fatores, seus efeitos no caso concreto, os custos de implementação da obrigação e o impacto que pode causar em regulações já existentes, garantindo uma governança mais coordenada⁵⁸².

Entende-se ser este o caso dos regramentos que visam implementar uma processualidade voltada ao consenso. Como dito e repetido, trata-se de uma alteração de cultura administrativa, de concretização de uma verdadeira agenda consensual, que conferirá maiores garantias às atividades concertadas da Administração Pública. Avaliar-se-á, pois, o grau de efetividade dos comandos, o ônus do monitoramento, os custos no caso de descumprimento dos regramentos, a compatibilidade com regramentos existentes, os impactos que os acordos terão na sociedade, enfim, todas as externalidades que permeiam a implementação de uma postura de concertação do agente público. No resumo de Alexandre Santos de Aragão:

As agências, enfim, seriam obrigadas a previamente demonstrar a razoabilidade de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados, e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito. Trata-se, em outras palavras, de uma análise prévia da

⁵⁷⁹ VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de Impacto Regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 35.

⁵⁸⁰ A Casa Civil da Presidência da República, com base na recomendação emitida pela OCDE, criou, com a contribuição de outras entidades, um guia de orientação para a elaboração da AIR, de onde se extraiu a citada finalidade. **Guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)**. Disponível em: <http://camex.gov.br/images/PDF/Regulacao/GUIA-AIR.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁵⁸¹ O artigo 5º da Lei nº 13.874/2019 (conhecida como “lei de liberdade econômica”) prevê que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados serão precedidas de AIR.

⁵⁸² OECD. **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: Guidance for Policy Makers. Paris: OECD, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados.⁵⁸³

Conforme Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a AIR é uma “forma de procedimentalização com a possibilidade de participação dos interessados (empresários, usuários e consumidores) na elaboração da política regulatória, conferindo maior legitimidade democrática à regulação”⁵⁸⁴. Nesse ponto, cabe a mesma ponderação feita anteriormente: não basta que haja uma participação meramente formal. Na ponderação de Lúcia Helena Salgado e Eduardo Bizzo de Pinho Borges: a “AIR não pode ser vista como mais uma exigência burocrática, uma etapa custosa, uma vez que isso significaria impor custos regulatórios adicionais para a sociedade.”⁵⁸⁵

A AIR deve ser realizada quando ainda estão sendo construídos os racionais para elaboração do ato normativo, conferindo lugar a contribuições que possam alterar os rumos da redação final do regramento. Não haverá AIR quando não existir mais nada a ser decidido, ou seja, quanto todas as decisões sobre o normativo já tiverem sido pacificadas. É recorrente que, nas consultas públicas, as autoridades administrativas disponibilizem as minutas dos normativos já delineadas, levando a entender que os debates que culminaram naquela redação foram feitos em momento anterior, sem a participação da sociedade. Resta aos interessados ler, interpretar e extrair a finalidade do comando posto, o que, conforme antes argumentado, nem sempre se revela uma tarefa de fácil execução. Por sua vez, as balizas da AIR sugerem que se faça uma dupla rodada de participação: primeiro, a autoridade administrativa disponibiliza para contribuição a sua pretensão de criar um regramento específico. Após a coleta de todas as informações, volta a permitir a contribuição na proposta de redação do texto do regramento⁵⁸⁶. É dizer que primeiro os atores entendem a intenção do Estado, para depois verificarem se a redação da minuta está aderente às informações angariadas.

⁵⁸³ Apesar de o autor, na citação, falar especificamente sobre agências reguladoras, ele entende como um dos pressupostos da AIR a sua ampla abrangência, para além das agências reguladoras, que garantisse coordenação de todas as instâncias regulatórias. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório – AIR. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 10.

⁵⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 389-418, 2014. p. 402.

⁵⁸⁵ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória. **Texto para Discussão**, n. 1463. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2010. p. 9. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em: 3 abr. 2019.

⁵⁸⁶ OECD. **Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries**. Paris: OECD Publishing, 1997. p. 19. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258828.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

Por fim, ainda pondera Patrícia Pessôa Valente que a AIR é instrumento capaz de proporcionar à sociedade o controle das decisões administrativas, dado que a transparência conferida ao processo decisório pode culminar em uma possível responsabilização das autoridades administrativas, caso incorram em algum desvio de finalidade⁵⁸⁷.

Em brevíssimo arremate, como forma de garantir maior permeabilidade da Administração Pública na criação de seus normativos, ainda é possível citar o modelo da *negotiated rulemaking* (“*reg-neg*”), o qual, em oposição aos comandos unilateralmente impostos aos administrados, promove entendimento sobre a possibilidade da prévia negociação entre a autoridade administrativa e os destinatários da norma, sendo, nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma, “reconhecido pelo aspecto da consensualidade, que delinea o exercício da competência normativa pelo Poder Público, considerando os anseios dos principais grupos de interesse de uma regulação”⁵⁸⁸. Seria este, então, o denominado por Marçal Justen Filho de “modelo de consenso”, cujo norte seria a obtenção de harmonia e composição entre os diversos interesses envolvidos. Em suas palavras:

O Estado abre oportunidade para que os particulares externem o seu entendimento sobre questões de interesse comum, formulem sugestões para adoção de regras e colaborem para a fixação das metas e normas aplicáveis. O modelo de consenso compreende os casos em que a edição de um ato normativo unilateral é precedida da oportunidade para a manifestação dos interessados. Mas também abrange as hipóteses em que a disciplina regulatória é produzida por meio de atos de natureza consensual, de feição contratual.⁵⁸⁹

Como benefício advindo desse modelo, Philip Harter pontua que a negociação permite que as partes possam construir um regramento mais efetivo, que atue de forma mais direcionada, a partir da compreensão dos interesses envolvidos no específico setor que se deseja regular⁵⁹⁰. O autor ressalta, ainda, que a contribuição oferecida no modelo “*reg-neg*” não se confunde com mera consulta pública, em que os grupos interessados apenas expressam suas preocupações aos agentes administrativos: em verdade, é preciso que as

⁵⁸⁷ VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de Impacto Regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 129.

⁵⁸⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014b. p.272.

⁵⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 683.

⁵⁹⁰ HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982. p. 29-31.

partes travem discussões e decidam, em conjunto, a melhor forma de endereçar o problema⁵⁹¹.

Por outro lado, os críticos do método da regulação negociada citam a dificuldade de obter o consenso das partes, a falta de inteira representatividade dos interesses na negociação⁵⁹² (o que, para Ian Ayres e John Braithwaite, seria suprido pelo que denominam de tripartidarismo, com a participação ativa de grupos que representem os interesses públicos em jogo)⁵⁹³, e os custos regulatórios que podem engessar a ação da Agência Reguladora, com amarras impostas à discricionariedade da Agência pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.⁵⁹⁴

4.3.3 Os métodos soft: autorregulação e códigos interna corporis

Por fim, de forma a incutir uma cultura institucional voltada à cooperação e à busca de harmonização entre interesses públicos e privados, as partes podem lançar mão de regimentos aos quais se comprometem voluntariamente a obedecer.

Deve ser estabelecida a diferença sobre o que se entende ser a autorregulação e o que seriam o que se decidiu denominar de códigos *interna corporis*.

No tocante ao delineamento terminológico, a autorregulação pode ser entendida como a elaboração de normas por uma entidade específica, cujos comandos podem ser adotados por outras entidades. O que importa saber é que a estrutura da autorregulação, nada

⁵⁹¹ “During the developmental stage of a rule, many of the major interest groups meet with agency representatives to express their views on the proposed rule. [...] This is not the form of negotiation considered by this article. Rather, such negotiation envisions the interested parties sitting down together and addressing the issues together” [Tradução livre: “Durante a criação de uma regra, os principais grupos de interesse se reúnem com representantes das agências para expressar seus pontos de vista sobre a regra proposta. [...] Esta não é a forma de negociação considerada neste artigo. Em vez disso, tal negociação prevê as partes interessadas sentadas, juntas, e enfrentando as questões em conjunto”] (Ibid, p. 32).

⁵⁹² YACKEE, Jason Webb; YACKEE, Susan Webb. Testing the ossification thesis: an empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950-1990. **The George Washington Law Review**, v. 80, 2012. p. 1418.

⁵⁹³ “Business regulation is often modeled as a game between two players – the regulatory agency and the firm. Naturally, the world is more complicated than this [...] Tripartism is a process in which relevant public interest groups (PIGs) become the fully fledged third player in the game” (Tradução livre: “A regulação do setor privado costuma ser vista como um jogo entre dois atores – a agência reguladora e a empresa. Naturalmente, o mundo é mais complicado que isso. Tripartismo é o processo no qual grupos de interesse público (GIP) se tornam o terceiro jogador) (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 54-56).

⁵⁹⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. Consensus versus Incentives: a skeptical look at regulatory negotiation. **Duke Law Journal**, v. 43, 1994. p. 1210.

obstante seu *nomen juris*, pressupõe a existência de duas esferas: a esfera de quem cria as orientações e a esfera de quem adere a elas.

Por outro lado, os códigos *interna corporis* (também denominados de guias, códigos de ética, códigos de conduta, códigos de governança, manuais de bom comportamento etc.) são instrumentos criados por uma entidade para surtir efeitos, como o nome sugere, *interna corporis*, ou seja, unicamente em seu âmbito. Diferentemente da autorregulação, a elaboração do código *interna corporis* pressupõe a existência de somente uma esfera, criadora e destinatária das normas de conduta, em decorrência da competência educativa ou orientativa das entidades estatais.

A vantagem é reunir, em um documento, evidências práticas daquilo que apresentou os melhores resultados no caso concreto, servindo como um guia orientativo passível de adoção por outras entidades. No assunto em debate, uma entidade poderia reunir melhores práticas e condutas efetivas atreladas a celebração de acordos administrativos e expedir para avaliação e orientação dos interessados. Cite-se, como exemplo, o guia desenvolvido pelo CADE, que consolida práticas e procedimentos adotados quando da promoção de acordos de leniência⁵⁹⁵.

O proveito dessas medidas seria o de garantir aderência voluntária às regras orientativas, o que, em tese, conferiria um cumprimento mais extenso de seus comandos; a diminuição do ônus regulatório do Estado; a conferência de maior efetividade à atividade administrativa, que passa a ser orientada por balizas extraídas de práticas comprovadamente eficazes e moldadas pelas nuances da seara em que se aplica.

Tanto a autorregulação quanto os códigos *interna corporis* seriam, então, recomendações de como agir em determinados contextos⁵⁹⁶. Isso faz que se questione o *enforcement* de tais regras, dado que, por não terem força normativa vinculante⁵⁹⁷, seu

⁵⁹⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade>. Acesso em: 14 abr. 2019.

⁵⁹⁶ “*Soft law instruments range from treaties, but which include only soft obligations (legal soft law) to non-binding or voluntary resolutions and codes of conduct formulated and accepted by international and regional organizations (non-legal soft law) to statements prepared by individuals in a non-governmental capacity, but which purport to lay down international principles*” [Tradução livre: “Os instrumentos da *soft law* partem de tratados não vinculativos a resoluções não vinculativas, de códigos de conduta formulados e aceitos por organizações internacionais ou regionais a declarações preparadas por entidades não governamentais, mas que aceitam seguir princípios internacionais”] (CHINKIN, Christine M. The challenge of soft law: development and change in international law. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 38, n. 4, out. 1989. p. 851).

⁵⁹⁷ “*Accordingly, compliance is not enforced by specific personnel or formal institutional bodies such as judges or courts but is effected by moral persuasion and self-regulation, notably by the fear of being marginalized, left out or more drastically excluded from the process. Despite their voluntary (non-binding) character, it would be mistaken to consider soft regulations such as the Bologna Declaration lacking a coercive dimension*”

cumprimento dependeria exclusivamente da vontade do agente de se submeter a elas, como se houvesse uma vinculação moral mais forte do que uma vinculação jurídica⁵⁹⁸.

Nesse contexto, verifica-se que a LINDB endereçou o problema relativo ao *enforcement*, prevendo, no artigo 22, que “a autoridade que representa o órgão central do sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais” e, no artigo 23, que “a autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e seus órgãos subordinados”. É notório, assim, ser possível a emissão de orientações vinculantes.

Ainda que não seja este o caso, a cogência dessas regras também deriva da própria submissão voluntária da Administração Pública a elas, como forma de proteger a confiança legítima dos administrados⁵⁹⁹. Ou seja, a partir da escolha em se submeter a orientações específicas, a entidade deve agir de forma a garantir a estabilidade das relações, em homenagem à segurança jurídica que deve permear a atividade pública. Nessa toada, uma vez que a autoridade administrativa tenha optado ostensivamente por se vincular a um balizamento, não poderá frustrar as expectativas daqueles que aguardam uma atuação nos padrões emanados pela norma *soft*.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, a autolimitação administrativa detém instrumentos que “visam assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial que vedam as iniquidades

[Tradução livre: “Dessa forma, a obediência não é exigida por uma pessoa específica ou por órgãos institucionais formais, como juízes ou tribunais, mas é efetivada pela persuasão moral e pela autorregulação, notadamente pelo medo de ser marginalizado, deixado de fora ou drasticamente excluído. Apesar de seu caráter não vinculante, seria equivocado entender que os regulamentos brandos, como a Declaração de Bolonha, não possuem dimensão coercitiva”] (ZERILLI, Filippo. The rule of soft law: an introduction. **Focaal: Journal of Global and Historical Anthropology**, Amsterdam, v. 56, 2010. p. 5. DOI: <https://doi.org/10.3167/fcl.2010.560101>).

⁵⁹⁸ “*Règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d’obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes*” [Tradução livre: “Regras cujo valor normativo seria limitado, ou porque os instrumentos não seriam juridicamente vinculativos ou porque, ainda que as disposições sejam emanadas de um instrumento vinculativo, não criariam obrigações jurídicas positivas, ou criariam obrigações pouco vinculativas”] (SALMON, Jean. **Dictionnaire de Droit International Public**. Bruxelles: Bruylant, 2001. p. 1039).

⁵⁹⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 375.

estatais”⁶⁰⁰. Em protegendo o sentido deôntico das normas⁶⁰¹, a segurança jurídica exige do agente público lealdade, proíbe o *venire contra factum proprium*, afasta o *tu quoque* e impede surpresas e armadilhas.⁶⁰²

Em adição, conforme ensina André Saddy, os regramentos extrajurídicos extraem sua obrigatoriedade de uma possível remissão que porventura façam à lei. Em outros termos, a orientação *soft* pode derivar de condutas já antes desejadas por normas vinculantes. Nesse diapasão, por exemplo, a orientação no sentido de ponderar as contribuições fornecidas pelo particular na construção de uma cláusula do acordo administrativo deriva do devido processo legal substantivo, comando disposto na Constituição Federal, bem como da previsão contida na LINDB, a partir da Lei nº 13.655/2018. Nessa toada, o respeito aos comandos representaria um respeito à própria lei à qual eles remetem e, por isso, não se poderia entender tais orientações como meras balizas não vinculativas:

Na atualidade, observa-se uma remissão de material normalmente disposta em lei para normas extrajurídicas, as quais passaram a gozar de obrigatoriedade jurídica por força de normas jurídicas que a ela remetem, sendo incorporadas no ordenamento jurídico, traduzindo-se em uma violação da própria lei remissiva. As normas extrajurídicas, portanto, possuem, por remissão, a obrigação de definir as pautas e critérios de conduta da administração ou a definição dos pressupostos de decisão administrativa. Assim, as normas extrajurídicas têm sua vinculação dependente da norma jurídica remitente e qualquer desrespeito às normas extrajurídicas é um desrespeito à norma jurídica remitente. Passam, contudo, a assumir um efeito vinculativo da conduta administrativa, adquirindo força obrigatória própria das normas jurídicas. Os principais tipos de normas extrajurídicas são: as normas técnico-científicas; as normas morais, éticas ou deontológicas; e as normas de pura lógica.⁶⁰³

É verdade que nenhuma orientação de conduta pode contrariar a lei. Por outro lado, uma orientação de conduta que reproduz uma obrigação normativa não pode ser determinada de *soft*, uma vez que, ao descumpri-la, estar-se-ia descumprindo o próprio dispositivo vinculante preexistente. É possível vislumbrar, no caso concreto, que a adoção de meios outros que não aqueles expedidos pelo guia orientativo não representa ferimento a uma lei específica. Exemplificadamente, o guia emitido pelo CADE sobre acordos de

⁶⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=290>. Acesso em: 26 ago. 2020.

⁶⁰¹ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

⁶⁰² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.124-125.

⁶⁰³ SADDY, André. Administração pública e códigos de conduta. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, jan./abr. 2013. p. 245.

leniência aborda a importância de um representante do Ministério Público acompanhar a assinatura do acordo de leniência tendo em vista as possíveis repercussões criminais dele derivadas. Contudo, caso o agente do CADE, por um lapso, não tenha envolvido o representante do Ministério Público, não incorrerá em ilegalidade, visto que a Lei nº 12.529/2011 não exige expressamente a participação do Ministério Público para o aperfeiçoamento do acordo.

E não é nem dizer que o escopo da orientação ficaria atrelado somente a uma aderência voluntária das balizas. De novo, se as balizas reproduzem uma norma impositiva, não existe liberdade de não as seguir. E mais, sem que haja uma remissão idêntica à lei que embasa essa orientação extralegal, resta temerário argumentar que o agente público agiu ilicitamente ao não seguir as recomendações de um código de conduta. Ao invés de fortalecer a confiança do agente público para concertar, esse racional poderia paralisá-lo ainda mais.

Nessa altura, é preciso lembrar que o processo negocial, para ter sucesso, depende de uma ação colaborativa de todas as partes envolvidas, públicas e privadas. De um lado, nem sempre a parte privada será orientada a colaborar com a autoridade pública negociante. De outro, ainda que esta orientação exista, o respeito aos seus termos foge à competência da autoridade administrativa.

Questiona-se, pois, se a Administração Pública poderia induzir um comportamento colaborativo da parte privada, considerando que a entidade privada detém liberdade para se autovincular a orientações de acordo com sua autonomia de vontade. Essa indução, poderia ocorrer, por exemplo, no contexto de uma regulação responsiva que, como visto, coloca a abertura à cooperação e à colaboração da parte privada como um dos índices que pautam a escalada na pirâmide regulatória para o uso de meios sancionatórios. Ao implementar a regulação responsiva, naturalmente a Administração Pública estaria influenciando os privados a agirem de maneira mais colaborativa.

Contudo, a indução pública para que o setor privado adote essas medidas ainda se atrela ao âmbito meramente teórico, que esbarra em desafios adicionais como: a falta de obrigação de se criar um instrumento orientativo consensual privado; o nível de intervenção na governança corporativa privada; a falta de uniformidade sobre a orientação das condutas, dado que cada entidade é livre para criar suas próprias orientações. Entende-se, nesse ponto, que a lei ou o regulamento funcionariam melhor no balizamento de condutas consensuais advindas do particular.

4.4 EXISTE SOLUÇÃO ÓTIMA PARA A FORMALIZAÇÃO DA MATRIZ NEGOCIAL?

Vislumbram-se, pois, quatro soluções possíveis para a formalização da matriz: (I) a lei se encarrega de exaurir o processualismo negocial, deixando espaço mínimo para a atuação normativa da Administração Pública; (II) a lei expressa balizas com concretude suficiente para extrair dela o comportamento que se espera da Administração Pública, incumbindo aos normativos infralegais dar tratamento específico na seara de cada entidade concertante; (III) os normativos infralegais dispõem detalhadamente sobre as regras negociais na seara de cada entidade concertante, extraindo embasamento legal do permissivo genérico para a Administração Pública firmar ajustes; e (IV) as orientações sobre condutas consensuais são concretizadas enunciados ou orientações expedidas por cada entidade administrativa.

De pronto se entende que a solução (I) é a que se reputa menos factível. Em verdade, ousa-se argumentar ser impossível esgotar, em termos legislativos, todas as especificidades processuais necessárias à concertação administrativa, considerando o universo de ajustes que podem ser celebrados e que irão variar de acordo com o caso concreto, como já argumentado em outras oportunidades. Ademais, soa improdutivo um esforço legislativo dessa monta, quando não se tem visibilidade das nuances que se imporão ao longo da prática administrativa. Na realidade, a tentativa de esgotamento legislativo dos meios pode levar ao engessamento do agir administrativo, indo de encontro à flexibilidade e à eficiência que se quer extrair de tais institutos. Nos moldes da burocracia weberiana, poder-se-ia argumentar sobre uma suposta segurança extraída da formalidade legal extenuante: contudo, ela não se amolda à intenção do acordo, que é dar mais espaço de ação (e negociação) à Administração Pública. Em se deparando com a falta de uma regra de meio que lhe dê respaldo, o agente público se veria paralisado, comportamento indesejado em uma arena na qual se busca proatividade do gestor público.

A solução (II) é aquela mais comumente utilizada na prática administrativa e é a que melhor se adéqua ao equilíbrio necessário entre os comandos legais e infralegais. Enquanto a lei dita os parâmetros gerais de atuação, os normativos infralegais tratam das especificidades necessárias. Nesse sentido, fica garantida a flexibilidade da Administração Pública, que terá competência para endereçar melhor os obstáculos pontuais, ao mesmo tempo que se encontrará vinculada à moldura conferida pela lei. A opção em defender uma externalização dos parâmetros de comportamento consensual se dá para que não restem dúvidas quanto à necessidade de a Administração Pública proceder a prática de negociação.

Assim, a lei deve buscar compatibilidade entre a abstração necessária para que possa ser amplamente aplicada e a concreção suficiente que permita interpretar seu sentido e atribuir sua finalidade. Isso também permitirá uma melhor redação dos comandos infralegais, efetivamente delineados à atividade de concertação, evitando uma imperatividade disfarçada de consensualidade.

A solução (III), apesar de também sugerir que a norma infralegal esgote a previsão quanto ao modo da concertação administrativa, acaba sendo mais factível que a solução (I), dado que inserida em um contexto que restringe a criação da matriz negocial a cada tema específico do setor de atuação da entidade administrativa. Esse fato com certeza permite uma melhor abordagem do comportamento esperado, já que seria moldado visando concretizar ajustes comumente utilizados por esta ou aquela entidade. Contudo, essa fragmentação de previsões processuais negociais pode gerar uma falta de uniformidade dentro da própria Administração Pública, criando cenários mais ou menos propensos à concertação. A falta de embasamento legal em textos normativos que confirmam uma mínima processualidade pode acarretar a ausência de um norte, a ausência de um guia padronizador da conduta administrativa. Ademais, também pode acarretar impugnações quanto a falta de legitimidade da Administração Pública em criar este ou aquele padrão de conduta, nada obstante pautar tal criação de regras no permissivo legal genérico quanto à possibilidade de ela firmar ajustes (e seus princípios correlatos).

Por fim, entende-se que a solução (IV) não se mostra suficientemente forte para garantir a implementação da matriz, já que as partes não são obrigadas a criar regras que contemplem seus parâmetros, porque também há risco de fragmentariedade e pelo alto risco de impugnação quanto à obrigatoriedade de seguir tais regras.

Pelo todo apresentado, conclui-se ser a solução (II) a mais adequada para levar a cabo uma processualidade negocial. É preciso ressaltar que, apesar da preferência pela implementação da solução (II), não existe intenção de argumentar que se trata, irrefutavelmente da opção mais adequada. Em outros termos, não se pretende petrificar uma solução ótima para a implementação do regramento proposto.

O dinamismo do Direito e das relações travadas entre o público e privado não permitem ossificar a escolha: talvez, em um contexto no qual já exista uma cultura consensual incutida na Administração Pública, poder-se-ia argumentar a solução (IV) como a mais apropriada, por exemplo, já que as partes voluntariamente desenvolveriam orientações de condutas adequadas à consensualidade e diminuiriam o ônus regulatório do Estado. Ou, ainda, em um cenário em que exista uma uniformidade de comportamento da

Administração Pública, a solução (III) poderia aparecer como a mais adequada, conferindo mais celeridade e efetividade à elaboração do regramento, moldado conforme a prática administrativa.

A escolha pela solução (II) se dá por entender que, hoje, com base nas razões antes arroladas, trata-se do caminho mais seguro e mais viável para a concretização de um comportamento consensual da Administração Pública. Um mínimo de processualidade negocial prevista em lei – desde que conte com boa redação, como já afirmado – denota uma vontade coletiva de implementação dessa cultura e garante vinculação da Administração aos seus termos, quando da criação de normativos infralegais específicos. Cria uma harmonia daquilo que se espera do agente público na seara da concertação e confere maior segurança no controle e eventual impugnação de um comportamento público que não seja voltado à concertação, quando o deva ser.

4.5 DA PROPOSTA DE NORMATIZAÇÃO

Após todo o arrazoado, apresenta-se proposta normativa de uma matriz processual negocial, cuja absorção se sugere, mas não se limita, à Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019, também denominada Lei das Agências Reguladoras. A proposta possui intento de assegurar melhor implementação da prática consensual na Administração Pública reguladora, em fortalecimento e em complementação ao já contido na Constituição Federal, na própria Lei nº 9.784/1999, no Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018, e nos demais normativos aplicáveis ao âmbito consensual, conforme avaliado ao longo do presente estudo.

DA NEGOCIAÇÃO

Art. A. A negociação é inerente à atividade consensual, sendo composta de cedências recíprocas em prol de um resultado de interesse comum.

§ 1º Na negociação serão observados, entre outros, os critérios de:

I – ausência de adversariedade da relação travada, ainda que existam interesses contrapostos;

II – colaboração entre os interessados, que impõe auxílio mútuo para o delineamento de soluções eficientes, céleres, justas e proporcionais;

III – paridade dos negociantes, cujos interesses detêm idêntica legitimidade e devem ser sopesados à luz do caso concreto;

IV – respeito a critérios objetivos, a partir da identificação da finalidade específica da negociação, de todos os interesses envolvidos e do grau de relevância de cada um deles;

V – confiança recíproca entre as partes negociantes, de que não utilizarão as informações obtidas para outros fins caso a negociação seja infrutífera;

VI – implementação de soluções criativas que melhor atendam aos interesses identificados no caso concreto, sem prejuízo do disposto em lei.

§ 2º A negociação considerará os limites e capacidades de cada negociante e obedecerá ao disposto no Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942., alterado pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018.

§ 3º Os negociantes devem trabalhar em sinergia para superação de eventuais desafios que surjam no decorrer da negociação.

Art. B. A negociação não segue uma lógica linear de manifestações, podendo ser enriquecida com novas informações a qualquer momento, vedadas as rodadas de negociação meramente protelatórias.

Parágrafo único. O regulamento pode dispor sobre um prazo máximo para encerramento das negociações, sobre eventuais consequências de seu descumprimento e sobre as possibilidades de prorrogação deste prazo.

Art. C. As propostas e contrapropostas ofertadas durante a negociação deverão ser reduzidas a termo para fins de controle, especialmente, quanto à ponderação dos interesses envolvidos e quanto à proporcionalidade e congruência dos compromissos com o caso concreto.

§ 1º. A redução a termo pode ocorrer com a juntada de cópia de mensagens eletrônicas, atas ou gravações de reuniões presenciais ou qualquer outro meio que confira lastro material ao objeto da negociação entre os interessados, assegurando o sigilo nas hipóteses previstas na legislação brasileira.

§ 2º. Os negociantes devem apresentar evidências que embasem suas proposições na negociação, motivando caso inexistentes ou impossíveis de serem obtidas.

Art. D. As partes negociantes serão coautoras dos compromissos a ser celebrados como resultado da negociação.

Parágrafo único. Cada compromisso assumido deverá ser devidamente motivado pela autoridade administrativa.

Art. E. O controle da negociação e dos compromissos dela resultantes deverá se pautar nos critérios do devido processo legal negocial, observados os ditames do Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, alterado pela Lei n.º 13.655 de 25 de abril de 2018.

4.6 SÍNTESE DO CAPÍTULO

O presente capítulo demonstrou que o incentivo à promoção de ajustes pelo poder público, aliado ao crescente estudo sobre a implementação da denominada regulação responsiva, indica tendência de aumento significativo da atuação pública concertada, sendo bem-vindas as regras que ditem uma dinâmica colaborativa e criativa na seara da concertação.

Como observado, a criação de regras formais que pautam a negociação não prejudicará a eficiência administrativa, pois não são compostas de amarras inúteis à atuação pública. Em verdade, tais balizas intencionam conferir ainda maior eficiência à prática concertada, sob a ótica da racionalização dos atos consensuais, sob a ótica da segurança jurídica aos negociantes e sob a ótica de um controle mais bem desempenhado.

A opção pela regência estandardizada tem lugar em razão da impossibilidade de prever todos os possíveis ajustes que virão a ser firmados pela Administração Pública, além de seguir em linha com a evolução do Direito, que de há muito se vê subordinado à regras balizadoras, como: princípios com densidade normativa suficiente para serem aplicados ao caso concreto; padrões de conduta exigidos globalmente; possibilidade de criação de regras legais gerais (ou denominadas de “leis-quadro”) cuja especificação fica a cargo das autoridades setoriais.

Coloca-se em debate, a melhor maneira de externalizar a matriz processual negocial, que pode tomar forma de lei, de normativos infralegais ou, ainda, de regramentos extralegais. A preferência pelo balizamento legal se dá dentro do contexto atual, em razão de se entender que a lei é capaz de conferir uniformidade à atuação administrativa, além de denotar uma vontade coletiva de implementar a cultura da concertação, conferindo mais legitimidade a regras de conduta voltadas à harmonia das partes negociantes. Contudo, não se trata de escolha definitiva. Não se descartam outros meios de externalização de regras processuais negociais, em um cenário no qual seja mais propício o uso de instrumentos outros que não a lei estrita.

Por fim, é apresentada uma proposta de normatização da matriz processual negocial, a fim de que seja absorvida no arcabouço normativo pátrio.

CONCLUSÃO

A proposição de concretizar uma cultura por meio da alteração do arcabouço normativo sofre alguns riscos. No cenário mais otimista, a mudança é implementada nos moldes em que foi idealizada, atingindo seu objetivo desejado. Mas existem zonas de incerteza: o normativo pode ter alterada a sua redação, desnaturalizando sua intenção inicial; pode não causar os efeitos vislumbrados; pode ser regulamentado por regras que restrinjam a sua aplicação, dentre outras nuances indesejadas. O inédito sempre repousa na seara da experimentação, e a preocupação com a falha não deve superar a vontade de mudança.

A mudança aqui proposta é de possível implementação em razão do estágio de maturidade em que se encontra o Direito Administrativo. Antes um Direito legitimador de atos unilaterais (visando, é claro, a proteção do interesse público), foi a ele acrescentada a faceta de Direito incentivador de um Estado mediador, ao identificar-se a legitimidade e a efetividade da atuação administrativa mais aproximada de uma sociedade pluriclasse.

A alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB escancarou a certeza quanto à existência de uma Administração Pública negociadora, que deve calibrar o atendimento do interesse público com o respeito aos interesses subjetivos, igualmente legítimos. A partir dessa relevante guinada no normativo brasileiro é que se enxergou a oportunidade para refinar ainda mais as regras que devem permear a conduta negociada da Administração Pública e, também, dos particulares.

Toda implementação de cultura leva tempo. As partes, acostumadas a assumir determinadas posturas, carregam estas para a seara do consenso, que exige outra forma de interação. Isso acaba por culminar em desafios que prolongam debates de há muito superados e que afetam a qualidade e a eficiência dos acordos administrativos, prejudicando a verdadeira implementação do consensualismo na Administração Pública.

Quase três anos após a implementação das alterações na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, ainda podem ser notados obstáculos que não mais deveriam existir: o abuso do poder de barganha da Administração Pública, que permite a ela impor compromissos indesejáveis à parte contrária; a limitação injustificada do espaço para negociação de cláusulas do acordo; a intransigência do agente público, derivada do receio de negociar com os particulares; a adversariedade, que não permite conferir legitimidade aos interesses contrapostos; a tentativa de desconstrução total dos argumentos da contraparte em vez de compô-los; as condutas extremadas que levam a um consenso artificial; a frustração por não

conseguir endereçar todos os pontos relevantes na negociação; o receio de fornecer informações que possam se voltar contra o interlocutor, dentre outros desafios analisados.

A consensualidade é contrária a tudo isso. Assim, em oposição à imposição, há a negociação. Em oposição à adversariedade, há colaboração. Em oposição à verticalidade, há paridade. Em oposição à influência, há protagonismo. Em oposição à subsunção da norma ao caso concreto, há criatividade. Em oposição à retração, há confiança e abertura. Em oposição ao medo, há o agir proativo. São essas as características que se esperam da negociação. São essas as características exigidas através do processo administrativo negocial.

A escolha por formalizar regras de conduta consensuais não é aleatória: o processo administrativo foi construído sobre bases semelhantes às aquelas que sedimentaram o caminho para o consensualismo: a atenuação da unilateralidade do agir administrativo; a aproximação das partes; o aumento da participação no processo decisório administrativo; a conferência de soluções mais efetivas ao caso concreto; a garantia de maior *enforcement* na execução de tais decisões; e o fortalecimento da racionalidade da atividade administrativa, tornando-a mais eficiente. Ademais, considerando que toda atividade administrativa obedece a um rito específico, a atividade negocial não teria tratamento diferente.

No entanto, o processo administrativo precisa ser enriquecido com regras capazes de abraçar as condutas consensuais para além daquelas que a LINDB passou a prever. O consensualismo confere uma arquitetura diferente ao processo administrativo, que deixa de ser visto como um conjunto de atos encadeados visando uma solução final prevista em lei, para permitir a construção conjunta de soluções criativas que nem sempre obedecem a uma lógica linear, pois derivam de rodadas de negociação com informações advindas de variadas fontes.

Por isso optou-se por denominá-lo de processo administrativo negocial. Visa-se trazer os ideais do consensualismo à conduta das partes. Trata-se do consenso dentro do processo, dentro do itinerário que leva ao acordo administrativo. Assim, não basta que existam mecanismos consensuais no arcabouço jurídico brasileiro: é preciso que o modo de celebrá-los também conte com condutas aderentes à consensualidade.

Isso evita que haja uma contradição performativa na prática administrativa: de um lado, fomenta-se a celebração de acordos e, de outro, praticam-se condutas imperativas, com nenhuma negociação. Em outros termos, o processo administrativo negocial evita que se deseje o acordo, mas que não se desejem os meios para se acordar. Por isso, imprescindível a estipulação de balizas que sejam exigíveis para a condução da negociação administrativa.

Assim, a opção de inserir o consenso dentro do processo não visa enrijecer a conduta administrativa ou submetê-la a um maior controle em razão de uma possível desconfiança que se tenha na negociação entre as partes. Ao contrário. Trata-se de conferir à negociação racionalidade e previsibilidade que culminarão em eficiência quando da celebração de acordos administrativos.

Ao normatizar as regras de conduta, elas passam a ser exigíveis. A consensualidade passa a ser parametrizada através das balizas negociais de modo a ser exercida, exigida e controlada. Assim, não haverá o risco de serem celebrados acordos administrativos que não tenham se pautado em um rito consensual, de negociação. Do mesmo modo, não se justifica a paralização do gestor público temeroso de responsabilidade pessoal, pois aquelas condutas eram esperadas dele quando da negociação de um acordo. Assim, a parte que negocia com a Administração Pública deve exigir dela uma postura consensual. E o agente público fiscalizado deve exigir do órgão controlador o respeito aos ditames da prática consensual.

A proposta de normatização das regras negociais por meio de lei serve como garantia à uniformidade de sua aplicação. Especificamente no âmbito regulatório, não são raras as disposições que denotam a competência da agência reguladora para negociar. Contrariamente, são escassas, quase inexistentes, as previsões sobre como a negociação ocorrerá. Até mesmo os trâmites que culminam em instrumentos ínsitos à seara consensual – como os ajustamentos de conduta – demonstram não existir uma padronização do meio.

É verdade que cada agência reguladora é livre para criar seus próprios procedimentos que melhor se adéquem à realidade setorial. Mas não é disso que se trata a padronização mencionada. O desejo é que se evitem assimetrias ou restrições indevidas à negociação que deve necessariamente existir no contexto consensual. As diferenças setoriais não são capazes de justificar as razões pelas quais uma agência reguladora negocia e outra apenas impõe, quando, independentemente do setor, o contexto consensual exige a negociação.

Nesse sentido, apesar de ser juridicamente possível estipular as balizas processuais consensuais através de normativos infralegais e até extralegais, entende-se mais efetiva a implementação delas por meio de lei.

A experiência estrangeira demonstra ser possível essa normatização em leis processuais. Para além de preverem a possibilidade de a Administração Pública firmar acordos, as leis processuais alienígenas dispõem de outros critérios a ser utilizados na negociação, como o princípio da colaboração com o particular ao qual a Administração Pública se submete e as cedências recíprocas que devem existir em uma transação. É

possível, pois, sistematizar processualmente regras de conduta a ser aplicadas na seara consensual.

Porém, não se trata de inflar o arcabouço normativo brasileiro de maneira desnecessária. Reconhecem-se regras já existentes que são de plena aplicação ao âmbito negocial. Em verdade, a abertura do caminho para a normatização dos parâmetros que ora se propõe seu deus, principalmente, em razão do regime jurídico para negociação instituído pela Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB.

Todo o arsenal normativo ali contido, que pode ser entendido como um incremento à segurança jurídica na atividade administrativa, deve ser tido como uma conduta mínima, ou seja, como regras essenciais que devem ser obrigatoriamente observadas pelas partes quando inseridas em um contexto consensual. É a partir desse regramento, desses novos pilares que sustentam a atividade administrativa, que se encontram os sustentáculos que permitem lapidar ainda mais a relação consensual público-privada.

Supérfluo, porém importante, dizer sobre a imperiosa observação dos ditames constitucionais que também devem permear a conduta negocial da Administração Pública. Conforme apontado ao longo do trabalho, jamais se entendeu puramente informal o contato público-privado, uma vez que este sempre esteve pautado por critérios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A matriz negocial vem para fortalecer o cumprimento desses princípios. Cite-se, por fim, que os regramentos contidos na lei processual administrativa federal (Lei nº 9.784/1999) podem ser integralmente absorvidos quando da promoção da negociação.

Assim, a proposta de instituir um processualismo negocial e, junto com ela, a proposta do conteúdo que esse processualismo deve abarcar servem para enriquecer o normativo pátrio já tão rico, com vistas a garantir a prática negocial administrativa a partir de um tratamento jurídico adequado. A intenção que se extrai é a garantia da efetivação da consensualidade, sem prolongamento de atitudes injustificadas que malversem a natureza dos instrumentos concertados.

Trata-se de parâmetros que: impõem uma negociação pautada por critérios objetivos e que pressupõem cedências recíprocas entre os negociantes; aumentam e elevam a qualidade das informações trocadas entre os negociantes; fortalecem a confiança e o desenviesamento de posições, conferindo abertura para a realização de concessões; reduzem a hostilidade e a adversariedade no relacionamento entre as partes; conferem legitimidade a todos os interesses envolvidos na negociação; buscam soluções criativas, efetivas e justas; garantem a construção conjunta dos compromissos assumidos; ponderam sobre a capacidade

e os limites de cada parte; exigem a motivação pontual dos compromissos para garantir a congruência deles com o objeto do acordo; conferem transparência ao que foi negociado, facilitando seu controle.

A contribuição do trabalho ao universo jurídico repousa no fortalecimento dos acordos administrativos como institutos jurídicos, cuja legitimidade será extraída de um iter negocial com balizas previamente delineadas. Não cabe apenas celebrar o acordo administrativo, mas é preciso que se aprimore a legitimidade do exercício dessa competência administrativa. Conferir um caráter processual à negociação reforça a juridicidade dela e protege o consensualismo.

Repita-se: o inédito repousa na seara da experimentação. A trajetória que aqui encontra fim intencionou expor um modo efetivo de garantir a implementação da consensualidade, evitando distorções indesejadas. O trabalho pode representar um primeiro passo na direção de novos estudos, com novos vieses de fortalecimento da consensualidade administrativa. Até lá, propõe-se a implementação da matriz processual negocial nos moldes em que foi exposta.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Traducción Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Casa Editorial, 1970.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos Administrativos Normativos: algumas questões. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “Regulação” do Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 3, n. 12, p. 69-94, out./dez. 2005.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012a.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012b.
- AMADEI, Vicente de Abreu. Interpretação Realista. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.
- AMIR, On; LOBEL, Orly. Stumble, Predict, Nudge: how behavioral economics informs law and policy. **Legal Studies Research Paper**, n. 09-006, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1327077. Acesso em: 27 abr. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 131-150, jan./mar 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório – AIR. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 19, n. 9, p. 827-840, set. 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=290>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ARANHA, Marcio Iorio. As Formas de Autorregulação. **Jota**, 26 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-formas-de-autorregulacao-26102019>. Acesso em: 1 set. 2020.

ARANHA, Márcio Nunes. Segurança jurídica *stricto sensu* e a legalidade dos atos Administrativos: convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 134, p. 59-73, abr./jun. 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 105-133, abr./jun., 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato administrativo e procedimento administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 5.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo: Ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 524. (Tratado de Direito Administrativo; v. 5. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, n. 15, 2007.

BAPTISTA, Patrícia. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. North Charleston: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 207, p. 39-78, jan./mar. 1997.

BARNES, Javier. La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008a. p. 231-266.

BARNES, Javier. Reforma e innovación del procedimiento administrativo. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008b. p. 11-69.

BARNES, Javier. **Towards a third generation of Administrative Procedures**. Conference on Comparative Administrative Law. USA: Yale School, April 2016.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. **Fontes do Direito Administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 28, 1952.

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**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

BAUM, Christopher. The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Common Interest Development Disputes. **St. John's Law Review**, v. 84, n. 3, p. 907-948, 2010.

BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. **Negociando Racionalmente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 1, p. 118-145, jan./mar. 1952

BEVIR, Mark. Governança Democrática: uma genealogia. Trad. Gustavo Biscaia de Lacerda. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, 2011.

BEZNOS, Clóvis. O processo administrativo e sua codificação. **Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 4, p. 41-85, nov. 1996. Disponível em: <http://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/46/44>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 45-74.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392017000100207&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 31 jul. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **U.B.C. Law Review**, v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011.

BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 173-A de 1995. Mensagem nº 886, de 23 de agosto de 1995. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. p. 11. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC19/Camara/EC019_cam_22111995_prcccj_r_pec173a.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da Reforma Gerencial do Estado em 1995. *In*: D'INCAO, Maria Ângela; MARTINS, Hermínio (org.). **Democracia, Crise e Reforma**: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 171-212. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documento/2834>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial e legitimação do estado social. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 147-156, jan./fev. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122017000100147&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 jul. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. Recursos no Processo Administrativo. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 69-98, out./dez. 1998.

BURBRIDGE, R. Marc; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; SILVA, Alessandra Gomes N. **Gestão da Negociação**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1973. v. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. [Edição consultada: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: https://www.academia.edu/4993701/Joaquim_Jos%C3%A9_Gomes_Canotilho_-_Estado_de_Direito. Acesso em: 9 jul. 2020.]

CARNAES, Mariana. **Compromisso de Ajustamento de Conduta e eficiência administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais **Guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)**. Brasília, s/d. Disponível em: <http://camex.gov.br/images/PDF/Regulacao/GUIA-AIR.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

CASSAGNE, Juan Carlos. La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 67, p. 29-45, 2011.

CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato**. Torino: Einaudi, 2009.

CASSESE, Sabino. **The global polity**. Global dimensions of democracy and the rule of law. Sevilla: Editorial Derecho Global; Global Law Press, 2012.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Tradução Noêmia Espíndola. *In*: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: Unesp; Brasília: Enap, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. p. 17-30. p. 20. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. A Governança e o Direito. **Revista do Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

CHINKIN, Christine M. The challenge of soft law: development and change in international law. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 38, n. 4, out. 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Arbitragem, Mediação e Negociação: a constitucionalidade da lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 11-26, jan./mar., 2000.

CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei Alemã do Procedimento Administrativo: Guias de leitura e anotações**. Coimbra: Almedina, 2016.

CORREIA, José M. Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

CORREIA, José M. Sérvulo. Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental. *In*: OTERO, Paulo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de (coord.) **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**, Coimbra: Almedina, 2012. v. IV.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 45. p. 35-60, 2001. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015901.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 25, n. 97, p. 5-52, jan./mar. 1998.

CROWNE, Caroline Harris. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice. **New York University Law Review**, v. 76, n. 6, p. 1768-1811, 2001.

CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto do processo. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aplicabilidade da Lei de Processo Administrativo Federal. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e discricionariedade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

DONNO, Marzia De. Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati. *Federalismi.it* – **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo**, n. 6, 2018. Disponível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/de-d/de-donno_federalismi_6_2018.pdf. Acesso em: 16 fev. 2019.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula *Due Process of Law***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

DROMI, Roberto. El Tránsito al Derecho Público de la Posmodernidad: estudio preliminar de Roberto Dromi. *In*: PAREJO ALFONSO, Luciano. **Crisis y Renovación en el Derecho Público**. 2. ed. Buenos Aires; Madrid: Ciudad Argentina, 2003.

DROMI, Roberto **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 4. ed. Paris: E. de Boccard Éditeur, 1923.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público**. Traducción Adolfo Posada. Granada: Anacleto, 1975.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derechos Prestacionales e Interés Público. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

EVANS, Peter. Harnessing the State: Rebalancing Strategies for Monitoring and Motivation. *In*: LANGE, M.; RUESCHEMEYER, D. (eds.). **States and Development: Historical Antecedents of Stagnation and Advance**. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 26-47.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

- FERNANDES, Rafael Pereira. Ação Administrativa e Controle Externo no Brasil: novas balizas a partir do art. 20 da LINDB. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.
- FERRAZ, Sérgio. Acordos Processuais Administrativos: Instrumentos consensuais. *In*: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo Administrativo Brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 123-132.
- FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: prazos e preclusões. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As Origens do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, p. 11-17, abr./jun. 1987.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, v. 206, p. 89-107, out./dez. 1996.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, p. 1073-1090, 1984. p.1075. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 2 fev. 2021.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FOUCART, Émile Masseur Victor. **Éléments de droit public et administratif**. Paris: Videcoq père et fils, 1843.
- FRACCHIA, Fabrizio. Administrative Procedures and Democracy: The Italian Experience. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 12, n. 2, 2005. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol12/iss2/11>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.

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

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FROMONT, Michel. **Droit Administratif des États Européens**. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e as Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-66.

GAETANI, Francisco. Governança Corporativa no Setor Público. *In*: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). **Gestão Pública: melhores práticas**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 259- 275.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Apontamentos sobre a (ir)racionalidade jurídica e a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. II.

GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús. Procedimiento Administrativo y Sociedad de la Información y del Conocimiento. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 182-229.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**: supremacia do interesse público versus igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1970.

GIANNINI, Massimo Severo. **El Poder Público**: Estados y Administraciones Públicas. Tradução Luis Ignacio Ortega Álvarez. Madrid: Civitas, 1991.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GONÇALVES, Pedro Costa. Estado de Garantia e Mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto**, v. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), p. 97-128, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

GORDILLO, Agustín. La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 10, p. 16-24, out./dez. 1969.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi: 1994. Tomo I, Parte general.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Edição especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. Administração Pública Inclusiva, Igualdade e Desenvolvimento: o direito administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. *In*: MARRARA, Thiago. (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 391-460.

HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et droit public**. 11. ed. Paris: Recceui Sirey, 1927.

JACOBS, Scott. **Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making**. 30 May 2006. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jftG9_n8d8YJ:regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs_Current__Trends_and_Processes_in_RIA_May_2006.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 24 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo de Espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Os Efeitos da Reinterpretação de Norma no Direito Público. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição Passiva Tributária**. Belém: Cejup, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, vol. 68, p. 15-61, 2005.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A interpretação normativa e a necessária consideração dos direitos dos administrados. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

LEITÃO, Alexandra. **Contratos Interadministrativos**. Coimbra: Almedina, 2011.

LEVIN, Alexandre. Consulta e Audiência Pública: considerações sobre o art. 29 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

LIPSKY, Michael. **Burocracia de Nível de Rua**: dilemas do indivíduo nos serviços públicos. Tradução Arthur Eduardo Moura da Cunha. Brasília: Enap, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4158/1/Burocracia%20de%20n%C3%ADvel%20de%20rua_Michael%20Lipsky.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 93-112, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015a. v. 1. p. 353-415.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015b.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 261-285.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). **Novos Rumos para o Direito Público**: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 221-236.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: o caso TAC ANATEL**. p. 14. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: 8 dez. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. *E-book*.

MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

MARRARA, Thiago. Artigo 23 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O Conceito Científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan./mar. 2004.

MATIAS-PEREIRA, José. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 1, p. 61-82, jan./fev. 2008.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Fortuna e Decadenza Dell'Imperatività del Provvedimento Amministrativo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, v. 62, n. 1, p. 1-37, 2012.

MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

MAURER, Hartmut. **Introducción al derecho administrativo alemán**. Traducción Rafael Sager y Fabián Martínez. Bogota: Ediciones USTA, 2008.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Traducción Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. Tomo I.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Regulação e Autorregulação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, abr./jun. 2002.

MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, p. 227-231, jan./jul. 2008. p. 230. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2593>. Acesso em: 10 jul. 2020.

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

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.

MENDOZA Xavier; VERNIS, Alfred. El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas. *In*: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (eds.). **Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI**. Catalunya: Generalitat de Catalunya, 2008.

MENEZES, Renata Saad. A presunção de legitimidade e veracidade da Administração Pública à luz da presunção de inocência no processo sancionador. *In*: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The Limits of Adversarial Ethics. *In*: RHODE, Deborah L. (ed.). **Ethics in Practice: Lawyer's Roles, Responsibilities, and Regulation**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 123-144.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 1745, p. 5-44, 1996. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1745>. Acesso em: 24 jan. 2021.

MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Tradução José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **Os Meios de Conformação das Relações Jurídicas no Direito Administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Bookseller, 2001. Tomo 11.

MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10. maio/jun./jul. 2007.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e consenso na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lições de Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Vera. Art. 29 da LINDB: regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MORAIS, Herbert. V. The Quest for International Standards: Global Governance vs. Sovereignty. **The University of Kansas Law Review**. Lawrence, v. 50, n. 4, p. 779-822, may 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e negociação: notas fundamentais. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020a.

MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações Público-Privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020b.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Novo Código de Processo Civil e a sua aplicação no processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez., 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual o futuro do direito na regulação do Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. e ROSILHO, André. (coord.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Sentando-se à mesa de negociação com autoridades públicas. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020c.

MOREIRA, Egon Bockmann. Tribunais de Contas podem Controlar Acordos de Leniência? *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Belo Horizonte: Fórum, 2020d.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? *In*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (coord.). **Direito e Administração Pública**: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 35-53, out./dez. 1998a.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 95-107, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 1-20, jan./mar. 1998b.

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

MORÓN, Miguel Sánchez. Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. **Ius Et Veritas**, Peru, v. 21, n. 43, p. 260-270, abr. 2011.

NAPOLITANO, Giulio. Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali. **Giornale di Diritto Amministrativo**, n. 11, p. 1083-1094, 2008.

NAVARRO GONZÁLES, Rocío M. **La motivación de los actos administrativos**. Portada: Thomson Reuters, 2007.

NIELSEN, Vibeke Lehmann; PARKER, Christine. Testing responsive regulation in regulatory enforcement. **Regulation & Governance**, v. 3, p. 376-399, 2009. p. 3. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2009.01064.x>.

NOAH, Lars Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority. **Wisconsin Law Review** v. 873, p. 874-941, 1997.

NOHARA, Irene Patrícia. *Hermenêutica Jurídica Pós-Positivista e Primado da Realidade*. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

OECD. **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**. Paris: OECD, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

OECD. **OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit**. Paris: OECD Publishing, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264303959-en>.

OECD. **Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries**. Paris: OECD Publishing, 1997. p. 19. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258828.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Administração Consensual como nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010a.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 135, p. 271-282, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Expansão da Consulta Pública: vetores de eficiência, responsividade e legitimidade da atividade normativa administrativa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010b. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=471>. Acesso em: 6 ago. 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 20, abr./jun. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, Ampla Defesa e Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 91-126.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova fase da administração pública do século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 389-418, 2014.

OSBORNE, Stephen P.; MCLAUGHLIN, Kate. The New Public Management in Context. *In*: OSBORNE, Stephen P.; MCLAUGHLIN, Kate; FERLIE, Ewan. **New Public Management: current trends and future prospects**. London: Routledge, 2002.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. *In*: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (coord.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos Substitutivos dão mais Eficácia ao Direito da Concorrência? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014a.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Administrative Settlements in the Shadow of the Non-Delegation Doctrine. **Paper for the Course Conservative Critiques of the Administrative State** (Professor Donald Elliott). p. 19. Disponível em: https://www.academia.edu/18478589/Administrative_Settlements_in_the_Shadow_of_the_Non_Delegation_Doctrine. Acesso em: 30 jan. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014b.

- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. *In*: SCHIRATO, Victor Rhein (coord.). **Estudos Atuais sobre Ato e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 11-43, jul./set. 2003a.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. **Crisis y Renovación en el Derecho Público**. 2. ed. Buenos Aires; Madrid: Ciudad Argentina, 2003b.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y Administración**: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El Procedimiento Administrativo en España: situación actual y perspectivas de cambio. *In*: SCHIMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Derecho Global, 2008. p. 419-473.
- PARKIN, Jason. Dialogic Due Process. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 167, p. 1115-1159, 2019.
- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017a. *E-book*.
- PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do direito administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do direito administrativo. *In*: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017b. p. 851-869.

PETRILLO, Anna Maria. Gli accordi amministrativi nella legge 7 agosto 1990 n. 241 relativi alla disciplina del procedimento amministrativo. **Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana**, anno 143, v. CXLIII, p. 1615, 1992.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. O Dever Fiduciário de Diligência do Gestor Público. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

PONDÉ, Lafayette. A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 63, p. 16-29, jan./mar. 1961.

POUND, Roscoe. Public Law and Private Law. **Cornell Law Quarterly**, v. XXIV, n. 4, jun. 1939.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMANO, Santi. **Principii di diritto amministrativo italiano**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Consensus versus Incentives: a skeptical look at regulatory negotiation. **Duke Law Journal**, v. 43, 1994.

SADDY, André. Administração pública e códigos de conduta. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, jan./abr. 2013.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória. **Texto para Discussão**, n. 1463. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2010. p. 9. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em: 3 abr. 2019.

SALMON, Jean. **Dictionnaire de Droit International Public**. Bruxelles: Bruylant, 2001.

SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. **Revista de Direito Administrativo**, v. 257, maio/ago. 2011.

SANTOS, Fabio Gomes dos. **Audiências públicas administrativas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A necessidade de parametrização do controle da Administração Pública – a tentativa de dar sentido a um sistema extremamente complexo – breves considerações acerca do conteúdo do novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II. p. 92-96.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor. **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. El procedimiento administrativo: entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. *In*: BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.). **El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado**. Prólogo de Pedro Escribano Collado. Madrid: Civitas, 1993. p. 317-338.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Traducción Javier Barnes. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHNEIDER, Jens-Peter. La evolución del procedimiento tipo de la Ley de procedimiento administrativo alemana de 1976: hacia um modelo integral y comprensivo. *In*: SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard; BARNES, Javier (coord.). **La Transformación del Procedimiento Administrativo**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2008. p. 369-418.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: Empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho**. 15. ed. México: Editorial Porrúa, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2008.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de negociação para advogados**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 137, p. 15-34, jul./set. 1988.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. *In*: GONÇALVES, Pedro (org.). **Estudos de contratação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SONTAG, Kenny. Tendências teórico-jurídicas decorrentes da Escola Histórica do Direito: Pandectística, Germanística e história do direito na ciência do direito positivo alemã do século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, jan./jun. 2015.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma Administração Pública de Resultados. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. *E-book*.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017a.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017b.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 5, n. 9, p. 383-391, set. 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Processo Administrativo. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Andrés Guillermo. **As Leis de Processo Administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006a.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006b.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Andrés Guillermo (coord.). **As Leis de Processo Administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006c.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 90-95, jan./mar. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e Políticas Públicas: dois mundos? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SUSTEIN, Cass R. **Nudges.gov**: Behavioral Economics and Regulation. Feb. 16, 2013. Forthcoming, Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law (Eyal Zamir and Doron Teichman eds.). DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2220022>.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.

TORRES, Heleno. **Direito Constitucional Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

VALENTE, Patrícia Pessôa. **Análise de Impacto Regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALLE, Martin Della. **Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Acordo Administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. A atuação do COAF na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 4, n. 1, p. 263-288, maio 2018.

WATKINS, Michael. **Negociação**. Tradução Cristiana de Assis Serra. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. *In*: CAMPOS, Edmundo (org.). **Sociologia da Burocracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

YACKEE, Jason Webb; YACKEE, Susan Webb. Testing the ossification thesis: an empirical examination of federal regulatory volume and speed, 1950-1990. **The George Washington Law Review**, v. 80, 2012.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012.

ZERILLI, Filippo. The rule of soft law: an introduction. **Focaal: Journal of Global and Historical Anthropology**, Amsterdam, v. 56, 2010. p. 5. DOI: <https://doi.org/10.3167/fcl.2010.560101>.