

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À CONSENSUALIDADE

Um estudo sobre o artigo 26 da LINDB: fundamentos, origem, interpretação e possibilidade
de aplicação de técnica de negociações

RAFAEL LEVI DA SILVA BENTO

Rio de Janeiro

2020

RAFAEL LEVI DA SILVA BENTO

ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À CONSENSUALIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Emiliano Brunet.**

Rio de Janeiro

2020

CIP - Catalogação na Publicação

B478a Bento, Rafael Levi da Silva
Abertura da Administração Pública à
consensualidade / Rafael Levi da Silva Bento. --
Rio de Janeiro, 2020.
80 f.

Orientador: Emiliano Rodrigues Brunet Depolli
Paes.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. consensualidade administrativa. 2. acordos
administrativos. 3. permissivo genérico. 4.
negociação. 5. metodologia de negociação. I. Paes,
Emiliano Rodrigues Brunet Depolli, orient. II.
Título.

RAFAEL LEVI DA SILVA BENTO

ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À CONSENSUALIDADE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Emiliano Brunet.**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

À Deus que em sua Infinita Misericórdia me chamou à vida e ao trabalho pela justiça e pela paz.

Aos meus pais e ao meu irmão que me educaram como homem na justiça e no perdão. Sempre me apoiaram nos momentos mais difíceis da minha trajetória acadêmica e foram pacientes com meus limites e fraquezas.

Ao meu orientador que com grande cordialidade e atenção lançou luzes e ordem às ideias que permeiam este trabalho.

À minha namorada que me ajudou a enfrentar os desafios acadêmicos e pessoais.

Aos que me antecederam nos temas aqui tratados, certo de que cada pensamento novo é um agradecimento aos que pensaram antes.

Aos meus professores que estimularam e influenciaram a minha forma de pensar o direito e à Faculdade Nacional de Direito que pela tradição do ensino crítico me faz contemplar as realidades sociais de forma consciente e com o desejo de construir uma sociedade mais justa.

Aos profissionais com quem tive a oportunidade de trabalhar durante os estágios realizados ao longo da graduação, experiências que me aproximaram do direito público.

Aos amigos que tive a oportunidade de fazer ao longo da graduação e que foram lugar de descanso e motivação na rotina de estudos e trabalho.

Ao Papa Francisco que pelo seu exemplo e ensino incentivam-me a ser um construtor da paz na sociedade.

À Comunidade Católica Shalom que me conduz em um caminho de autoconhecimento e cura interior.

“Quem constrói muros permanece prisioneiro deles. Os construtores de pontes vão avante”.

(Papa Francisco)

RESUMO

A atuação consensual administrativa é via decisória que necessita do desenvolvimento de princípios e técnicas para sua efetivação no direito administrativo brasileiro. Com o advento do permissivo genérico para a celebração de acordos entre a Administração Pública e os interessados, surge oportunidade de revisitar os fundamentos da consensualidade e desenvolver práticas que viabilizem o uso de novos instrumentos consensuais. O presente trabalho no primeiro capítulo aborda aspectos teóricos da consensualidade por meio de uma revisão bibliográfica e traça breve histórico dos instrumentos consensuais no direito público brasileiro. No segundo, estuda-se a origem e objetivos da Lei 13.655 e as discussões que envolveram a consensualidade. No terceiro, analisa-se a redação final do artigo 26 da LINDB em processo interpretativo em diálogo com a literatura acadêmica. No quarto, propõe-se técnica de negociação, segundo a Metodologia de Harvard, para promover a efetiva consensualidade administrativa e a segurança jurídica na tomada de decisão dos agentes públicos. Utiliza-se como método a revisão bibliográfica e se propõe possibilidades de aplicação do dispositivo. Conclui-se que a mera inovação legislativa não é suficiente para uma orientação maior da Administração Pública para a consensualidade, devendo haver o desenvolvimento de técnicas e práticas apropriadas que estimulem a inovação e garantam a segurança jurídica no processo de tomada de decisão na esfera pública.

Palavras-chave: consensualidade administrativa; acordos administrativos; permissivo genérico; negociação; metodologia de negociação de Harvard.

ABSTRACT

The consensual administrative law is a decision-making way that needs the development of principles and techniques to have impacts on Brazilian administrative law. With the including of a general standard for Public Administration celebrate agreements with the interested people, shows up the opportunity to revisit the fundamentals of consensual action and develop practices that make possible the use of new consensual instruments. The present work on the first chapter approaches theoretical aspects of consensual action through a bibliographic revision and does a brief historical of consensual instruments on Brazilian public law. On the second chapter, is studied the origin and the purposes of the law 13.655 and the discussions that involves the consensual action. On the third chapter, is analyzed the final text of art. 26 from LINDB on an interpretative process in dialog with academic production. On the fourth chapter, is proposed a negotiation technique from Harvard methodology to promote an effective consensual administrative action and the law security on decision-making of public agents. Is used by method the bibliographic revision and is proposed possibilities to application of the new standard. Is concluded that more than a legislation innovation, Public Administration needs to develop techniques and practices appropriates to guide its action to consensual action that promotes more innovation and assures law security on decision-making process on public activity.

Keywords: consensual administrative action; administrative agreements; general standard; negotiation; Harvard methodology of negotiation.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição República Federativa do Brasil

Conjur – Consultoria Jurídica

LACP – Lei de Ação Civil Pública

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

MASA – Melhor alternativa sem acordo

PGR – Procuradoria-Geral da União

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A CONSENSUALIDADE NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO	15
1.2 Fundamentos para a atuação consensual da Administração Pública	18
1.3 Conceito de consensualidade adotado	20
1.4 Breve histórico da consensualidade por meio de acordos no direito administrativo brasileiro	21
2. UM PERMISSIVO GENÉRICO PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO	24
2.1 A escolha da LINDB como receptora de normas de direito público	26
2.1.1 Objetivos da Lei 13.655 de 2018	27
2.1.2 Características da LINDB	28
2.2 Panorama geral da origem da Lei 13.655 de 2018 e aspectos de consensualidade	28
2.2.1 A fase de deliberação “extraparlamentar”	31
2.2.2 Dispositivos vetados sobre consensualidade	34
2.2.2.2 Possibilidade de controle prévio do Poder Judiciário e controle externo	35
2.2.2.3 Compromisso e regime de transição	38
3. UMA INTERPRETAÇÃO PARA O ART. 26 DA LINDB	43
3.1 Considerações preliminares sobre hermenêutica jurídica	44
3.2 Análise do art. 26 da LINDB	46
3.2.1. O agente público como intérprete da lei	46
3.2.2. A finalidade do compromisso	47
3.2.3. As partes legítimas e capazes para celebração do acordo	50
3.2.4. Validade formal e material dos acordos	52
3.2.4.1 Oitiva do órgão jurídico	53
3.2.4.2 Publicação oficial	55
3.2.4.3 Consulta pública	55
3.2.4.4 Cláusulas Essenciais	56
3.2.4.5 Dever de clareza	60
4. NEGOCIAÇÃO BASEADA EM PRINCÍPIOS NA PREPARAÇÃO DO ACORDO ADMINISTRATIVO	61
4.1 A negociação de acordos administrativos como meio para se atingir soluções por autocomposição	62

4.2. Crítica à negociação por posições	64
4.3 Negociação baseada em princípios	65
4.3.1 Separe as pessoas do problema	66
4.3.2 Concentre-se nos interesses	67
4.3.3 Ganhos mútuos	68
4.3.4 Critérios objetivos	68
4.4 Técnica útil para a motivação da decisão consensual	68
4.4.1. Conhecer a melhor alternativa sem acordo (MASA)	70
4.4.1.1 A MASA do interessado	72
4.4.1.2 Formalização da MASA	73
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

A falta de confiança com o outro permeia diferentes interações na sociedade. Isso aparece com clareza nas relações entre o Estado e sua população.

Em um ambiente de desconfiança, o Poder Público não senta à mesa para dialogar ou negociar, mas para impor sua vontade.

Não são raras as vezes que o caminho da imposição da vontade estatal se dá por meio de atos normativos e administrativos a fim de promover mudanças no comportamento da população, enquanto a persuasão por meio de campanhas educativas e acordos com setores da sociedade beira à utopia do sonho com países escandinavos.

Se por um lado no imaginário da maioria dos brasileiros persiste a associação entre Poder Público e burocracia. Essa última geralmente relacionada ao seu sentido pejorativo, distante do idealizado por Max Weber. Por outro lado, na mentalidade dos agentes públicos paira a imagem sobre os particulares como aqueles dotados de uma cordialidade¹, explicada por Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 141), tendente a familiarizar as relações administrativas de forma a buscar benefícios próprios que muitas vezes ferem o sentido de coisa pública e se distanciam do ideal burocrático de racionalização dos processos.

Nesse ambiente de desconfiança generalizada, bem como de ausência ou precariedade das vias de diálogo entre os particulares e o Poder Público, formou-se um Direito Público nacional com profundos alicerces nos super princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Imposição e rigidez são valores da atuação administrativa que ainda encontram reprodução não somente em muitos manuais de direito público como possível fonte de pesquisa

¹ Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 141) expressa essa noção de desconfiança entre Estado e os cidadãos no capítulo 5 da sua obra, chegando a afirmar: “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição”. Notória é a inspiração no pensamento de Weber acerca da importância da burocracia em um processo de ruptura com o modelo patrimonialista de administração. Não se deve negar a importância histórica da burocracia e sua relevância atual em determinadas situações, porém, mostra-se como modelo incapaz de corresponder a certas demandas da sociedade atual.

do desenvolvimento das ideias jurídicas sobre a relação público-privada, como, de forma recorrente, em decisões de órgãos administrativos, controladores e judiciais.

Porém, esse modelo de Poder Público, pela sua própria natureza, possui dificuldades de acompanhar as mudanças ocorridas em uma sociedade líquida (BAUMAN, 2001). Os particulares demandam novas respostas públicas. Exigem que seus anseios façam parte do conteúdo dessas respostas.

Por sua vez, as novas tecnologias transformam os hábitos em velocidade maior que o processo legislativo e os órgãos decisores são capazes de acompanhar. Os múltiplos interesses de uma sociedade globalizada não são devidamente interpretados pela estrutura do processo administrativo e judicial tradicionais.

Impulsionado pela crescente percepção que a atuação imperativa e unilateral do Poder Público não é suficiente para o atingimento do interesse público, cresce no país a quantidade de normas que preveem a alternativa de celebração de acordos administrativos em detrimento de uma atuação tradicional. Contudo, essas normas não foram suficientes para trazer a segurança jurídica necessária para a nova prática.

Importante frisar que a inovação legislativa por si só não é capaz de trazer as efetivas mudanças que se propõe, devendo haver uma inovação continuada na forma de tomar decisões na seara pública e de fazer uso das ferramentas do direito público.

Nesse contexto, promove-se um incentivo crescente a soluções provenientes do diálogo entre o Poder Público e diferentes atores sociais, com a consequente flexibilização de alguns meios da administração pública, a fim de possibilitar novas formas de solucionar antigos e novos problemas. Dentro desse movimento está inserida a Lei 13.655 de 2018, chamada de Lei de Segurança à Inovação, que inseriu dez artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O legislador optou pelo caminho da promoção da segurança jurídica na atividade decisória dos agentes públicos para promover a inovação da atuação pública. Dentre as atividades está a atuação consensual que consiste na busca de atos e processos formados não

somente pela imposição da vontade do Poder Público, mas com a participação dos particulares na tomada de decisão em busca do consenso.

Com isso, nota-se que a Lei 13.655 de 2018, entre diferentes temas abordados, promove a segurança jurídica no âmbito da atuação consensual do Poder Público. Esse incentivo encontra-se mais evidenciado no seu art. 26, embora permeie também outros dispositivos da lei.

O problema identificado por esse trabalho é a percepção de que, não obstante a crescente aceitação pelo meio acadêmico da consensualidade por meio da celebração de acordos entre o Poder Público e os particulares como uma possibilidade legítima de atuação, o permissivo genérico incluído para autorizar essa conduta não é suficiente para o desenvolvimento de uma Administração Pública efetivamente consensual.

Com isso, o objeto a ser estudado é a inclusão do permissivo genérico para celebração de acordos entre o Poder Público e os interessados.

Objetiva-se analisar os fundamentos teóricos que levaram essa inclusão; a origem e discussões que permearam o projeto de lei do qual derivou a Lei 13.655; a redação final do art. 26 da LINDB na sistemática na qual foi inserido; o regime de negociação que promova a segurança jurídica na tomada de decisão de utilização dessa via consensual.

Para esse fim, será realizada revisão da bibliografia especializada, assim como pareceres e atos normativos relevantes.

No primeiro capítulo, serão identificados os fundamentos do princípio da consensualidade, assim como se traçará um breve histórico acerca da consensualidade no âmbito do direito público brasileiro em seus diferentes aspectos e de forma especial nos acordos entre o Poder Público e os interessados.

No segundo capítulo, será tratada a inclusão de normas de direito público pela Lei 13.655 de 2018 na LINDB. Dentre os dispositivos incluídos está o permissivo genérico para a celebração de acordos entre o Poder Público e os interessados sobre o qual se investigará sua incidência em um ordenamento jurídico. Em seguida, será investigada a escolha da LINDB

como receptora da Lei de Segurança à Inovação. Por fim, serão narrados os principais debates que antecederam a promulgação da referida Lei com foco nos dispositivos que tratam sobre a consensualidade.

Já no terceiro capítulo, será analisado o art. 26 da Lei 13.655 de 2018 em aspectos que contribuam para sua melhor interpretação a partir dos objetivos a serem promovidos pela nova LINDB.

Por fim, no quarto capítulo será apontada a possibilidade de utilização da metodologia de negociação de Harvard na promoção da consensualidade e técnicas que possibilitem a atuação dos tomadores de decisão com maior segurança jurídica para a celebração de acordos administrativos.

1. A CONSENSUALIDADE NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

A atuação consensual da Administração Pública é apontada como reflexo de uma modernização e flexibilização das práticas administrativas. Nesse viés a Lei 13.655 incluiu na LINDB o art. 26 que tem como escopo a promoção de práticas consensuais no Poder Público, que será objeto de estudo mais aprofundado nos próximos capítulos. No presente capítulo cabe compreender a consensualidade dentro do sistema jurídico de direito público brasileiro, em especial no direito administrativo.

1.1 Imperatividade e Consensualidade

O Estado está constantemente resolvendo conflitos, trata-se de função inerente a ele. Porém, diferentes formas de resolução de conflitos surgem do Poder Público em suas diferentes esferas. Por meio de seu Poder Legislativo promulga-se leis a serem seguidas por todos os atores sociais, sendo uma decisão pública o discernimento sobre o que será legislado ou não e de que forma isso acontecerá. Pela via do Poder Judiciário as divergências de interpretação e as lacunas das leis são resolvidas por órgãos dotados da chamada jurisdição, ou seja, capazes de pôr fim de forma definitiva a questão apresentada, não necessariamente encerrando o conflito social. A Administração Pública, por sua vez, presta serviços à sociedade, fiscaliza atividades privadas, impõe limites específicos, autoriza e ordena o uso dos bens públicos, dentre outras tarefas inerentes nos diferentes aspectos do Poder Executivo.

Para além da tripartição tradicional de Poderes, o texto constitucional elenca instituições essenciais para o funcionamento do Estado, tais como: Tribunal de Contas, Defensoria Pública e Ministério Público. Todas possuem determinadas funções que se complementam na construção de uma sociedade mais próxima do sonhado pelo texto constitucional.

Logo, o Estado tem um papel fundamental na pacificação social, possuindo cada instituição uma função a desempenhar, porém cada atuação influenciando em outra de forma positiva ou negativa.

Tradicionalmente, a Administração Pública atua na resolução de conflitos com os administrados de forma unilateral, ou seja, quando chamada a decidir, prefere a decisão que

emana de um de seus órgãos a decisões elaboradas em conjunto com os diferentes atores da sociedade.

Contudo, cada vez mais há uma tendência para a promoção de soluções consensuais em diferentes âmbitos da sociedade, de forma especial, este trabalho cuidará dessa tendência no âmbito da Administração Pública. Com isso, a consensualização da atividade administrativa é uma das formas de se manifestar a busca de meios mais democráticos e, por isso, mais dialógicos de solução de conflitos.

Embora a atuação consensual seja comumente tratada em contraponto à atuação imperativa², não há uma relação de exclusão entre as duas formas de ação administrativa. Em verdade, os tomadores de decisão pública contemporâneos devem estar prontos para discernir os momentos de atuação por meio do diálogo ou por meio da imposição de medidas.

Dessa forma, quando se promove a resolução de conflitos entre Poder Público e os particulares pela via da autocomposição, não se está pretendendo abolir do regime jurídico de direito público relacionado ao poder de império, ou seja, a atuação unilateral da Administração Pública.

Por exemplo, em casos que demandam urgência na atuação do Poder Público como a interdição de estabelecimento em favor da segurança dos usuários por agentes da vigilância sanitária diante de evidente má conservação de alimentos, ou a necessidade do instituto da requisição de bem particular por bombeiros a fim de realizar resgate de pessoas afetadas por algum perigo iminente. Em casos assim não há dúvidas que os agentes públicos estão autorizados a agir unilateralmente, de forma impositiva, inclusive com o auxílio de forças policiais se necessário em prol do direito à saúde e à vida de pessoas potencialmente afetadas pelo fato perigoso. Logo, não se cogita a convocação de uma audiência pública, tampouco a abertura de processo administrativo para qualquer desses eventos citados antes que a decisão do agente público resulte efeitos concretos na realidade. Trata-se de casos que exigem celeridade e supremacia da decisão unilateral do agente público que lida com o risco.

² Para Di Pietro (2019, p. 124): “Na realidade, o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização. Aliás, pode-se dizer que a tendência para a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da Administração Pública”.

Entretanto, não é o ordinário de todos os agentes públicos o enfrentamento de situações como as mencionadas. Muitas vezes em meio a diversos processos administrativos de diferentes naturezas, eles são chamados a tomar decisões complexas. Essas decisões podem ter caráter unilateral ou negociado entre os atores envolvidos. A primeira forma deriva do poder de império da Administração Pública sendo uma solução de conflito heterocompositiva, enquanto a segunda origina-se da consensualidade administrativa sendo solução de conflito autocompositiva.

Caberá ao agente público a tomada de decisão sobre uma via ou outra diante das circunstâncias do caso concreto. Não se pode afirmar indiscriminadamente que a solução consensual seja sempre a melhor via decisória. Por isso, precisa é a lição de Carnaes (2016, p. 10) ao afirmar: “A imperatividade não é contrária ao consensualismo – elas se somam para formar um arcabouço de instrumentos de atuação da Administração Pública”.

Como se percebe, a promoção da atuação consensual administrativa é uma demanda inserida no contexto de mudanças sociais que envolvem diferentes aspectos, razão pela qual Moreira Neto (2011, p. 32) conclui que

“Embora a imperatividade se constitua como característica própria da atuação do Estado — pois que este tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo — é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim é que se tem somado aos pactos públicos tradicionais — os contratos e atos administrativos complexos, como os convênios e consórcios administrativos — uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que se privilegia o consenso como método adequado para um mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado”.

Com isso, quando a autoridade pública pondera no caso concreto a possibilidade de negociação e opta pela via de uma solução dialogada para determinada situação, deve-se atentar para a dinâmica que se instaura. Trata-se de adotar uma verdadeira lógica processual para a tomada de decisão pelo agente competente, a fim de verificar a melhor decisão para o interesse público, passando a “negociação das prerrogativas públicas” (PALMA, 2015a, 113-119).

Por isso, não se cuida de negociação do interesse público em si, mas de pactuação dos meios para atingi-lo. Trata-se de uma releitura dos super princípios do direito administrativo

tradicional acerca da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público (PALMA, 2015a, p. 166-188).

1.2 Fundamentos para a atuação consensual da Administração Pública

Pode-se encontrar diferentes fundamentos indicados pela doutrina que orientam a administração pública consensual.

Moreira Neto (2011, p. 30) situa a consensualidade no contexto político-administrativo de busca por uma democracia substancial, não somente de uma democracia representativa, ao lado de princípios como o da participação e da eficiência, que podem ser resumidos na boa administração.

Para o jurista, um dos pioneiros a tratar do tema na academia brasileira, “a consensualidade vem sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar, através da negociação, a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, caput, da Constituição” (MOREIRA NETO, 2011, p. 33).

Também relacionando a consensualidade com a democracia, em especial ao Estado democrático de direito Oliveira e Schwanka (2009, p. 305) ao falar dos fundamentos da Administração Consensual, sob o nome de Administração mediadora, lecionam que:

A função estatal de mediação emana da propagação do ideal democrático para além do quadrante da política, resultado da busca do alargamento das bases de legitimação do exercício do poder estatal, por meio da democratização da democracia. [...] Ademais disso, cabe notar que a principal tarefa da Administração mediadora passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, definitivamente incluindo os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como um monopólio estatal, com participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos.

Dessa forma, sendo a democracia sistema político do Estado brasileiro, a consensualidade passa a ser uma opção para o sistema administrativo nacional.

No contexto histórico, Janaína Branco (2020, p. 26) compreende a promoção da consensualidade administrativa como “o caminho mais moderno a ser buscado pelo Poder Público”, localizando-a na transição de uma Administração de modelo burocrático para o

gerencial, dentro do contexto da reforma administrativa de 1995 liderada pela Emenda Constitucional n. 19.

Nas raízes constitucionais da atuação consensual administrativa está a previsão da eficiência como princípio que rege a atuação da Administração Pública no artigo 37, *caput* (BRASIL, 1988), sendo comumente invocado como fundamento constitucional para a consensualidade administrativa.

Nesse sentido, Carnaes (2016, p. 164) entende que o legislador facultou ao exame discricionário do administrador público decidir pela via da sanção ou a via do consenso, sendo do interesse público a decisão que se mostrar mais aderente à eficiência no caso.

Com isso, a consensualidade marca uma ação pública distinta da ação típica marcada pelo caráter unilateral, abrindo-se à escuta do administrado, constituindo meio colaborativo de solução de problemas, aderindo a práticas de governança que dão respostas diferenciadas às mecanicamente dadas pelo modelo de administração tradicional (PALMA, 2015a, p. 137-148).

Moreira Neto ao tratar da boa administração no direito brasileiro trata-a como conceito que orienta a nova ação pública, que é criativa, flexível, descentralizada e negociada, para a consensualidade. Com a abertura da Administração Pública para o diálogo há uma preferência do processo ao ato nas manifestações do direito público, o que leva à governança como “a alternativa de solução dialogada e negociada” no contexto de sociedades abertas (MOREIRA NETO, 1999, p. 18; 2007, p. 41-47 apud VALLE, 2010, p. 128).

Freitas fala em um direito fundamental à boa administração o qual seria uma “norma implícita, de direta e imediata eficácia, decorrente da subordinação que o Estado Democrático de Direito determina ao administrador. Sua concretização mais imediata determinaria um dever de formulação de escolhas administrativas legítimas, quando do exercícios de seus misteres” (FREITAS, 2007, p. 7 apud VALLE, 2010, p. 129)³.

³ O direito fundamental à boa administração remete à Carta de Nice que cuida dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. Trata-se de conceito por vezes importado e adaptado pela doutrina à realidade do direito administrativo brasileiro e com fortes laços com a governança pública.

Portanto, é possível compreender à luz dos ensinamentos expostos que a consensualidade administrativa vem incrementar as opções do administrador público em favor da eficiência, da participação dos administrados e da boa administração.

Em suma, pode-se adotar os três pressupostos apontados por Palma (2015a, p. 119), quais sejam, a eficiência, a participação deliberativa e a governança pública.

Em outra abordagem, há o entendimento que a consensualidade administrativa decorre do dispositivo constitucional (art. 4º, VII, CRFB) acerca da “busca da solução pacífica dos conflitos”, que, apesar de se referir ao plano externo, deve ser aplicado ao interno “por dever de não contradição” (BRANCO, 2020, p. 25).

Porém, essa perspectiva não parece a ideal, tendo em vista a constitucionalidade que se baseia o poder de império da administração pública, sendo a consensualidade uma opção na atuação administrativa, não a regra. Além disso, o texto constitucional está claramente se referindo ao plano internacional.

1.3 Conceito de consensualidade adotado

Quando se fala em consensualidade administrativa, pode-se estar designando diferentes canais de diálogo entre o Poder Público e os particulares. São exemplos: a realização de audiência e consultas públicas; a celebração de acordos administrativos; e, a formação de entidades do Terceiro Setor (OLIVEIRA, 2019, p. 221).

Porém, no presente trabalho será estudada a consensualidade especificamente quanto ao canal de celebração de acordos administrativos entre o Poder Público e os interessados. Esses interessados podem ser entendidos a partir de uma concepção excludente em todo aquele que não é entidade pública. Assim, interessados são os particulares, agentes públicos, concessionárias de serviços públicos, organizações da sociedade civil, entre outros.

Adota-se a definição trazida por Palma (2015a, p. 111-112) para quem a consensualidade é:

“[...] técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre a Administração Pública e administrados são firmados com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas).

Logo, a consensualidade é uma via decisória da Administração Pública, cabendo a ela, por meio do caso concreto, de forma discricionária optar por essa alternativa.

1.4 Breve histórico da consensualidade por meio de acordos no direito administrativo brasileiro

Não é objetivo deste item cuidar das minúcias do plano normativo da evolução histórica acerca da previsão de acordos pela Administração Pública brasileira. Pretende-se apenas traçar um panorama geral para compreender como se encontrava a realidade normativa à época do advento do artigo 26 da Lei 13.655 de 2018.

Palma traça um histórico sobre normas que passaram a prever instrumentos consensuais envolvendo a Administração Pública e os interessados. Divide em cinco etapas o caminho de “abertura normativa” do direito administrativo brasileiro à consensualidade (2015a, p. 190-235)⁴.

Como estágio inicial na atuação administrativa consensual, a autora aponta a desapropriação amigável e os acordos ambientais como primeiras expressões da consensualidade no direito administrativo (PALMA, 2015a, p. 190-192).

Um segundo momento é marcado pelas normas que promoveram instrumentos consensuais na reforma processual do direito brasileiro (PALMA, 2015a, p. 192). Dentre elas, destaca-se o art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública (LACP), incluído pela Lei nº 8.078 de 1990, estabeleceu-se um marco para a celebração de acordos administrativos. Tal dispositivo dispunha o seguinte: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Embora não fosse o primeiro instrumento consensual presente no sistema jurídico brasileiro, destaca-se o compromisso de ajustamento dentre os anteriores pela possibilidade de

⁴ É importante frisar que se trata de obra anterior à inclusão do permissivo genérico para a celebração de acordos administrativos no direito público brasileiro pelo advento da Lei n. 13.655 de 2018.

um acordo extrajudicial, ou seja, sem a necessidade de participação de um órgão ligado ao Poder Judiciário, é o fator que detém o caráter inovador dessa norma (PALMA, 2015a, p. 197-198).

Assim, a formação de um título executivo extrajudicial poderia conferir à Administração Pública, ante o não cumprimento dos termos acordados, a execução no Poder Judiciário das sanções previstas, prescindindo de fase de conhecimento para verificação do direito.

Vale ressaltar que a LACP versa sobre a proteção de direitos transindividuais, sendo que a legitimidade processual para manejar a ação que dela deriva, bem como para a celebração do compromisso de ajustamento mencionado, restringe-se aos atores públicos elencados em seu artigo 5º. Sendo norma relativa à tutela coletiva, os compromissos de ajustamento teriam que se limitar às matérias desta natureza, não comportando aplicação a interesses particulares em relação de conflito com a Administração, por questões individuais, tais como a expedição de uma licença.

Terceiro momento de grande importância são experiências relacionadas aos instrumentos consensuais na regulação de atividades econômicas. Trata-se da regulação do setor concorrencial que, por meio da Lei 8.884 de 1994, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica passou a contar como meios de atuação com três instrumentos consensuais, quais sejam: medida preventiva, termo de compromisso de cessação e compromisso de desempenho (PALMA, 2015a, p. 201).

No âmbito dos mercados de capitais, a Comissão de Valores Mobiliários passou a contar com a disposição da Lei 9.457 de 1997 no art. 11, § 5º que prevê a possibilidade de tomada de termo de compromisso (PALMA, 2015a, p. 213).

O quarto momento também se relaciona com o setor regulatório, agora em contexto de afirmação das agências reguladoras com previsões normativas em diferentes setores da chamada regulação consensual (PALMA, 2015a, p. 221-231).

No quinto momento, Palma chama atenção para uma proliferação de normas em âmbito federal prevendo a celebração de acordos administrativos a partir de 2010, embora essa

expansão normativa não signifique necessariamente uma prática consensual avançada e rotineira (PALMA, 2015a, p. 231-235).

Pode-se dizer que a inclusão do art. 26 à LINDB inaugura um novo momento no contexto de produção normativa no direito administrativo brasileiro, o qual passa a ser tratado a seguir.

2. UM PERMISSIVO GENÉRICO PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

Percebe-se que a previsão normativa sobre a atuação consensual da Administração Pública não é uma novidade no direito público brasileiro. Contudo, diferentemente de outros sistemas jurídicos, não havia no direito pátrio um permissivo genérico que autorizasse essa forma de exercício da função administrativa, realidade que mudou somente em 2018.

Itália, Espanha e Alemanha optaram por incluir em suas respectivas leis de processo administrativo dispositivo que são permissivos genéricos para a atuação consensual da Administração Pública em detrimento da atuação unilateral. Tais dispositivos foram incorporados no direito desses países na década de 90, possuindo cada sistema jurídico suas peculiaridades (PALMA, 2015a, p. 100-111).

Ante a ausência de norma que autorize em caráter geral a atuação consensual no direito público brasileiro, apesar de existirem diversas normas esparsas que autorizavam a celebração de acordos entre a Administração Pública e os interessados, havia certa insegurança jurídica, seja advinda dos órgãos de controle que não fossem receptivos com a prática, seja pela cultura jurídica em que os agentes públicos e os profissionais de direito estão inseridos.

Janaína Branco (2020, p. 27) ao comentar sobre alterações legislativas relacionadas ao direito processual, defende que a promoção da consensualidade administrativa venha pela via legislativa, tendo em vista a percepção do “apego à legalidade e a resistência dos agentes públicos à consensualidade”.

O artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é o permissivo genérico no ordenamento jurídico brasileiro para a celebração de acordos por uma autoridade administrativa com os interessados (GUERRA e PALMA, p. 146, 2018). Esse dispositivo foi incluído pela Lei 13.655 de 2018, nomeada como Lei de Segurança à Inovação que inseriu os artigos de 20 a 30 ao diploma normativo.

Em abordagem ligeiramente distinta, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) aprovou o enunciado n.º 21 com o seguinte teor: “Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos,

compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de conflitos” (IBDA, 2019).

Embora o § 2º do art. 27 preveja a possibilidade de celebração de compromisso processual para regular compensação de que trata o *caput*, não se trata de dispositivo que possa ser considerado como permissivo genérico, visto que o instituto é previsto apenas como meio para atingimento da compensação, enquanto o art. 26 prevê de forma efetivamente genérica e como tema principal os compromissos celebrados por autoridade administrativa e interessado⁵.

Por isso, o presente trabalho adota apenas o art. 26 da LINDB com a qualificação de permissivo genérico.

Para Guerra e Palma (2018, p. 147), a contribuição mais relevante do permissivo genérico foi encerrar a incerteza jurídica que havia sobre a possibilidade do Poder Público transacionar, para isso “criou uma nova espécie de acordo – o compromisso do seu art. 26 – e trouxe o “mínimo regulamentar” dessa figura, com os requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia dos interesses gerais”.

Contudo, a mera alteração legislativa não garante uma inovação na prática jurídica, quando a inovação é entendida como “fenômeno de criação de possibilidades a partir de argumentos jurídicos” (MENDONÇA, 2017, p. 172). Uma nova lei por si só não tem o poder de alterar uma cultura jurídica estabelecida, porém, pode indicar o caminho para isso e abrir alternativas no contexto da tomada de decisão dos operadores do direito público.

Como esclarece Juarez Freitas (2017, p. 30), a mudança comportamental do Poder Público em face do cidadão deve passar por uma mudança de conceitos relacionados aos conflitos. Para isso, é necessária a incorporação de habilidades de negociação pelos agentes públicos⁶.

⁵ O § 2º do art. 27 da LINDB possui a seguinte redação: “Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos” (BRASIL, 2018a). Enquanto isso, à título de ilustração do caráter genérico que será melhor tratado no capítulo 3, o *caput* do art. 26 assim dispõe: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (...) a autoridade administrativa poderá (...) celebrar compromisso com os interessados” (BRASIL, 2018a).

⁶ O tema sobre habilidades de negociação será tratado no capítulo 4 deste trabalho.

O artigo 26 da LINDB, ao trazer permissivo genérico para a celebração de acordos entre o Poder Público e os interessados, está orientando todos os níveis federativos e esferas de atuação que os meios alternativos de resolução de conflitos não somente são aceitos pelo ordenamento jurídico, como devem ser levados em consideração na tomada de decisão pública.

Reitere-se que não se trata de dispositivo pioneiro no tocante à autorização para a atuação consensual do Poder Público, porém, é único quanto à generalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante frisar que o artigo 26 da LINDB não foi a única inclusão que pode ser relacionada à consensualidade, porém, é o dispositivo que possui como núcleo a atuação consensual do Poder Público. Outros dispositivos da Lei de Segurança à Inovação se relacionam às soluções consensuais, entretanto, apenas em um aspecto indireto⁷.

Porém, para um adequado exercício hermenêutico, é necessário entender o dispositivo a partir do todo, ou seja, a escolha da LINDB para receber a nova legislação de direito público, as origens e objetivos da Lei 13.655 e os debates que se desenvolveram até a sua promulgação.

2.1 A escolha da LINDB como receptora de normas de direito público

Interessante notar que as escolhas de inclusão dessa espécie de permissivos genéricos no direito público italiano e espanhol pelas leis que regulam os respectivos processos administrativos (PALMA, 2015a, p. 99-111). Ao contrastar com a escolha brasileira, pode ser questionado o porquê da recepção do mencionado permissivo não ter sido pela Lei 9.784 de 1999 que regula o processo administrativo federal.

A escolha legislativa brasileira pode ser justificada pelo grande impacto que a Lei 13.655 de 2018 almeja dar à prática do direito público brasileiro ao incluir normas de direito público à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que possui características singulares que podem contribuir para a consecução das finalidades da lei.

⁷ O artigo 23, que traz a possibilidade de existência de um regime de transição, e o artigo 27, que estabelece um regime de compensação por prejuízos anormais decorrentes de decisões provisórias em processos.

2.1.1 Objetivos da Lei 13.655 de 2018

A principal motivação para a edição da Lei de Segurança à Inovação, como o próprio nome indica, foi o aprimoramento da segurança jurídica à atividade daqueles que aplicam e interpretam o direito público, assim compreendidos os agentes que atuam no âmbito administrativo, controlador e judicial. Como consequência, pretende-se estimular um ambiente público mais propício a inovações, tornando o exercício do Poder Público mais alinhados à governança.

A necessidade de normas que promovam esses aspectos pode ser justificada pelo fenômeno que ficou conhecido como “apagão das canetas”. Essa realidade é marcada pela paralisia decisória e preferência a comportamentos estritamente burocráticos, em uma aplicação ritualística da lei (BINENBOJM e CYRINO, p. 3, 2018). Em outras palavras, trata-se de um estado de constante fuga de tomada de decisão inovadora para se dar preferência a respostas que comprometem a qualidade da atuação administrativa, porém, resguardam o agente público de eventual responsabilidade.

Outra expressão para designar o fenômeno do “apagão das canetas” no meio acadêmico foi de “direito administrativo do medo”, para evidenciar não somente a omissão dos tomadores de decisão, mas o sistema no qual estão inseridos que provoca fundados receios de decidir e deparar-se com consequências desfavoráveis (GUIMARÃES, 2016).

Para Freitas e Marques Neto (2018), o art. 28 da LINDB seria o dispositivo que busca responder a esse fenômeno que ocorre na aplicação do direito administrativo pátrio, sendo dispositivo que visa proteger o tomador de decisão “honesto”.

De fato, por toda a Lei 13.655 perpassa a ideia de fortalecimento da segurança jurídica, em especial, aos tomadores de decisão.

Além disso, os dispositivos incluídos à LINDB buscam responder aos anseios da sociedade por um Poder Público menos burocrático, mais flexível, e eficiente. O caminho escolhido para isso foi o de aprimorar a qualidade das decisões públicas, incentivar a participação dos interessados na tomada de decisão e estabelecer normas diferenciadas de responsabilização dos agentes públicos que incorrem em atos, omissões ou erro grosseiro. Esses

aspectos trazem maior racionalidade às decisões nas esferas administrativas, judiciais e controladora (DINIZ, 2020, p. 18).

2.1.2 Características da LINDB

Importante refletir sobre a relevância da escolha da LINDB para o alcance desses fins. O Decreto-lei 4.657 foi originalmente chamado de Lei de Introdução ao Código Civil, passando a ser chamado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com o advento da Lei 12.376 de 2010 (BRASIL, 1942).

De acordo com Carvalho (2019, p. 311-313), não se trata de mera mudança de nomenclatura, na verdade, a alteração alinha-se a um processo de valorização do direito público contemporâneo, sendo coerente que um diploma legal que dispõe sobre normas introdutórias a todo ordenamento jurídico, disponha tanto de normas de direito privado como de direito público. Por isso, a jurista justifica a escolha de acrescentar artigos à LINDB em detrimento da possibilidade de se criar uma lei autônoma.

As normas dispostas na LINDB são caracterizadas como sendo normas sobre normas, não cuidando de relações sociais diretamente (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, p. 99, 2015). Com isso, Farias e Rosenvald (2017, p. 114) definem como “um conjunto de normas preliminares de aplicação universal, à totalidade do ordenamento jurídico”. Dessa forma, mesmo sendo hierarquicamente recepcionada como uma lei ordinária, o Decreto-lei 4.657 possui características que orientam a interpretação e aplicação de outras normas.

A partir dessas características, pode-se entender a escolha da LINDB como receptora das normas de direito público trazidas pela Lei de Segurança à Inovação. Em primeiro lugar, quanto ao alcance, por ser nacional, poderia ser aplicada em todos os níveis da federação (federal, estadual, distrital e municipal). Além disso, dado seu caráter preliminar às demais normas, passa-se a haver um certo direcionamento à forma de atuar na esfera pública. Por fim, dado o caráter geral, pode ser aplicada às esferas administrativa, judicial e controladora (SUNDFELD e MARQUES NETO, 2015, p. 7-8).

2.2 Panorama geral da origem da Lei 13.655 de 2018 e aspectos de consensualidade

Como fruto dos estudos de Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld, surge o texto encaminhado ao senador Antonio Anastasia que deu origem ao Projeto de Lei do Senado nº 349 de junho de 2015 (PLS 349) que previa a inclusão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) normas de direito público que objetivavam “elevar os níveis de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, melhorando, consequentemente, a qualidade da atividade decisória pública no Brasil” (MARQUES NETO et al, 2018).

O PLS 349 após ser aprovado no Senado Federal, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em 19 de abril de 2017, sendo convertido no Projeto de Lei nº 7.448 de 2017 (PL 7.448). Em 25 de abril de 2018 foi promulgada a Lei 13.655, com entrada em vigor em 180 dias após a publicação, ocorrida em 26.04.2018.

O processo legislativo que deu origem à Lei 13.655 de 2018, apesar de não ter sido célere, foi marcado por debates importantes em sua reta final. Isso porque, após ser encaminhado para sanção do Presidente da República à época, o projeto passou a sofrer críticas de diferentes atores, mesmo que tenham se passado 3 anos de tramitação no Congresso Nacional sem grandes holofotes.

No período compreendido entre a aprovação na última Casa Legislativa e a promulgação da lei, importante debate no âmbito acadêmico e institucional passou a ser promovido por aqueles que defendiam o veto presidencial ao PL 7.448.

A fase de “deliberação extraparlamentar” teve a iniciativa das associações signatárias do Ofício n.º 219/2018 encaminhado ao então Presidente da República em 10 de abril de 2018⁸. O documento continha uma análise crítica a determinados artigos da proposta e sugeria o veto total ao projeto de lei. Para as entidades signatárias do documento (2018), “acaso aprovadas as disposições, a futura norma poderá servir como claro reduto para a impunidade”.

⁸ Entidades signatárias: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT).

No dia 13 de abril, houve o envio de Nota Técnica conjunta n.º 1 de 2018 pela Procuradora-Geral da República (PGR) à época, Raquel Dodge. O documento foi elaborado em conjunto pelas Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República. A PGR em mensagem preambular repete a crítica feita pelo Ofício n.º 219 acerca da nova lei favorecer a impunidade.

Sendo o Ministério Público importante ator no controle da moralidade administrativa, em especial pela aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, Raquel Dodge afirma a preocupação com a caracterização da improbidade administrativa caso o PL 7.448 fosse aprovado, razão pela qual entendeu que o veto total do projeto seria imprescindível para conservação do sistema de controle (PGR, 2018).

A Consultoria Jurídica (Conjur) do TCU, com a divulgação da Análise preliminar ao PL 7.448, acirrou os debates institucionais, momento em que foram feitas críticas direcionadas a diversos dispositivos, algumas relacionadas a propostas que visavam a promoção da atuação consensual pelo Poder Público (TCU, 2018a).

Sobre a consensualidade administrativa, o artigo 23 do PLS 349⁹, que deu origem ao artigo 26 tanto do PL 7.448, como da LINDB, já era apontado como o dispositivo que iria estabelecer “um regime jurídico geral para negociação entre autoridades públicas e particulares” (SUNDFELD e MARQUES NETO, 2015, p. 7). Em síntese, assim foi definida a proposta do artigo em trabalho publicado com o fim de esclarecimento das propostas da norma que viria a nascer:

⁹ O artigo 23 do PLS 349 tinha a seguinte redação:

“Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

§ 1º O compromisso:

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

II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação.

§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.” (BRASIL, 2015)

A proposta é expandir um modo de gestão já experimentado em diversos órgãos e entes públicos brasileiros para toda a Administração Pública, direta e indireta, das três esferas federativas. A Lei de Introdução conterà, assim, um permissivo genérico à atuação administrativa consensual, tais quais os sistemas italiano, espanhol e alemão. Confere-se segurança jurídica quanto à transação na esfera administrativa e alinha-se o Direito brasileiro aos mais avançados sistemas jurídicos no que se refere à consensualidade administrativa. (PALMA, 2015b, p. 28)

Após a Análise Preliminar, foi publicado um Parecer como resposta assinado por diversos juristas.¹⁰ O objetivo desse novo documento foi a defesa sobre a constitucionalidade e legalidade dos dispositivos criticados pela Conjur TCU, assim como esclarecer o conteúdo dos pontos controvertidos (MARQUES NETO et al, 2018).

Ainda em momento anterior à promulgação do texto pelo Presidente da República e seus respectivos vetos, foi elaborado novo Parecer pela Conjur TCU que de forma mais aprofundada discorreu sobre os aspectos que julgou potencialmente prejudiciais ao interesse público. O documento não se limitou às críticas aos dispositivos especificamente, como contestou a maneira como o processo legislativo se deu, sem a participação dos órgãos de controle nos debates, e as premissas adotadas para nortear a elaboração do projeto de lei (TCU, 2018b).

Neste momento, cumpre analisar a redação e as críticas direcionadas tanto em caráter geral à tramitação do PL 7.448, como especificamente aos dispositivos mencionados que foram vetados. Por outro lado, serão também expostos os argumentos a favor da manutenção dos mesmos, que foram delineados na Resposta à Análise Preliminar assinado pelos juristas defensores da lei nascente. Por fim, cabe analisar as razões do veto e seus impactos ao regime jurídico pretendido.

2.2.1 A fase de deliberação “extraparlamentar”

Nota-se que o debate envolvendo as propostas aos novos artigos da LINDB teve curiosamente maior repercussão no âmbito extraparlamentar. Isso porque foram atores da cena pública envolvidos com a aplicação do direito público que protagonizaram os debates. As críticas formuladas demonstram clara preocupação com o desempenho das funções

¹⁰ Os signatários foram: Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Menezes de Almeida, Fernando Facury Scaff, Jacintho Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flavia Piovesan, Paulo Modesto, André Janjácómo Rosilho e Eduardo Ferreira Jordão.

constitucionais, em especial dos envolvidos nas diferentes espécies de controle do Poder Público.

Deve-se atentar, especialmente às críticas realizadas pela Consultoria Jurídica - Conjur do TCU. Foi o personagem que trouxe críticas mais detalhadas, as quais parecem ter tido maior influência no veto de parte dos dispositivos propostos, como se destacará adiante.

Trata-se de órgão integrante à uma instituição essencial no exercício do controle da Administração Pública e, conseqüentemente, no manejo do direito público. De acordo com a Resolução n.º 305 de 2018 do TCU, Conjur é uma unidade de assessoramento direto à presidência, tendo como finalidade a defesa dos “atos, prerrogativas e interesses do Tribunal em juízo ou fora dele”, art. 66 da Resolução (TCU, 2018c).

Em relação ao artigo 26, houve tanto na Análise preliminar como no Parecer final, comentários direcionados aos incisos II e III do § 1º do artigo em estudo, e ao § 2º. Desses, apenas o inciso III do § 1º foi mantido na redação final da Lei, razão pela qual será tratado com os demais dispositivos sancionados.

Além desses dispositivos, merece destaque o parágrafo único do art. 23 e todo o art. 25 do PL 7.448, que também foram objeto de crítica na Análise Preliminar, sendo posteriormente vetados, estando relacionados à temática dos compromissos em estudo. O primeiro dispositivo previa o direito de negociação de compromisso quando não fosse estabelecido em decisão administrativa, judicial ou controladora, regime de transição que as especificidades do caso assim o exigisse. Já o segundo dispositivo será abordado em conjunto com o § 2º do art. 26 que causaram discussões acerca do papel do Poder Judiciário em relação aos órgãos de controle, em especial os Tribunais de Contas.

O processo legislativo é marcado pela atuação dos representantes do povo, sendo imprescindível meio de atuação em um Estado Democrático. As críticas dirigidas ao processo de formação da Lei 13.655 estão voltadas à falta de convocação das instituições afetadas pelo seu conteúdo.

A Nota técnica conjunta do Ministério Público criticou o processo legislativo, em especial a audiência pública realizada no Senado Federal, pelo fato de não haver pluralidade de opiniões

sobre o PLS, tendo havido a participação de apenas três consultores do Poder Executivo (PGR, 2018).

A audiência pública em questão também foi objeto de crítica pela Conjur, em razão de não haver a presença de representantes do TCU em projeto de lei tendente a produzir grande impacto no direito público, inclusive na atuação dos órgãos de controle externo. Com isso, apesar da promoção de mecanismos consensuais ser um dos principais objetivos declarados pelos promotores do PL 7.448, a tramitação no Congresso Nacional não refletiu a busca democrática pelo consenso, na opinião da Conjur (TCU, 2018b). Isso porque, questiona que os órgãos de controle, em especial o TCU, não tenham sido chamados para a fase deliberativa do processo legislativo.

Como se vê, trata-se de uma discussão importante sobre a função do processo legislativo que é conduzido por um dos Poderes da República, porém sua atuação afeta os outros Poderes e instituições constitucionalmente previstas. Seria prerrogativa a participação na deliberação legislativa de órgãos que tenham possível afetação em suas funções constitucionais?

Por outro lado, para Paulo Modesto (2018),

“(…) o projeto de lei 7448/2017, que propõe alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), foi vítima de ataque de fake news institucional. A proposta trata de limitar o arbítrio das autoridades administrativas exigindo motivação detalhada e especificação das responsabilidades”.

Fato é que os dispositivos com maiores críticas por parte da Conjur foram vetados, embora o desejo de veto integral não tenha sido atendido, assim como as razões do veto não se identifiquem diretamente com as manifestações do órgão jurídico.

As críticas revelam em parte a compreensão limitada sobre alguns institutos por parte dos críticos, porém, em alguns pontos há preocupação legítima sobre a aplicabilidade e utilidade de alguns dispositivos.

Na análise a seguir se levará em conta as manifestações da Conjur do TCU na Análise Preliminar, bem como em seu parecer final. Por outro lado, serão trazidos os argumentos

expostos pelos juristas no parecer resposta à análise preliminar. Escolhe-se tal delimitação tendo em vista a densidade e o caráter dialogado dos documentos.

2.2.2 Dispositivos vetados sobre consensualidade

Para delimitar o estudo das críticas aos dispositivos vetados do PL 7.448, deve-se atentar para os seguintes: incisos II do § 1º e o § 2º, ambos do art. 26, bem como o parágrafo único do art. 23.

2.2.2.1 Transação de sanções e créditos relativos ao passado

O inciso II do § 1º do art. 26 foi um dos dispositivos questionados pela Conjur TCU, assim como foi objeto de veto pelo Presidente da República. Esse dispositivo possuía a seguinte redação no PL 7.448: “§ 1º O compromisso: II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição” (BRASIL, 2017).

A Consultoria Jurídica do TCU, no primeiro parecer, assim teceu críticas ao inciso II do § 1º do art. 26 do PL 7.448:

A Lei anticorrupção prevê as hipóteses de sanções premiais, mas apenas quando o autor do ilícito oferece algum benefício ao Poder Público. Fora dessa hipótese, a transação prevista neste inciso é mera leniência sem contrapartida. O mesmo se diga quanto à previsão de créditos relativos ao passado, pois não aponta o dispositivo a razão pela qual o credor, no caso, o Erário, iria renunciar ao seu crédito, se não há contrapartida que justifique essa renúncia. (TCU, 2018a)

No Parecer Resposta, argumenta-se que o artigo 26 tem como objetivo inserir um regime geral para acordos da Administração Pública com os interessados, dessa forma, não conflita com a Lei Anticorrupção. Compreende que, na verdade, o que se pretendia ampliar é a possibilidade de acordos substitutivos em que particulares substituíssem os créditos e sanções relativos ao passado para prestações alinhados ao interesse público, conforme já ocorre em matérias ambientais e regulatórias (MARQUES NETO et al, 2018).

No Parecer final da Conjur, considerou-se que esse dispositivo seria desnecessário no ordenamento jurídico nacional ou poderia ser fonte de insegurança jurídica. Comparou-o ao §

6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública que já prevê o compromisso de ajustamento de conduta, bem como atribui-lhe o caráter de título executivo extrajudicial. Dessa forma, a proposta de dispositivo da LINDB questionado não traria benefício, ao contrário, poderia acarretar maior insegurança jurídica aos acordos firmados pela Administração Pública. Além disso, critica a textura excessivamente aberta do dispositivo, considerando que as leis esparsas que regulam cada acordo tornam desnecessário a referida proposta do inciso II (TCU, 2018b).

Como dito anteriormente, esse dispositivo foi vetado. As razões do veto foram expressas na Mensagem n.º 212, de 25 de abril de 2018 pela Presidência da República. No tocante ao inciso II do § 1º do art. 26 houve a seguinte justificativa:

“A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no caput do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.” (BRASIL, 2018b)

Verifica-se que a motivação para o veto deste dispositivo não se alinhou ao debate narrado entre a Conjur e os juristas signatários do Parecer-Resposta. Por outro lado, trouxe o tema da reserva legal que estaria sendo violada pela celebração de acordo que importe em transação de sanções e créditos relativos ao passado.

2.2.2.2 Possibilidade de controle prévio do Poder Judiciário e controle externo

Outra proposta de dispositivo que além dos debates também foi objeto de veto presidencial foi o § 2º do art. 26 do PL 7.448 que possuía a seguinte redação: “§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime”(BRASIL, 2017).

Para a Conjur, o § 2º é inconstitucional, uma vez que exclui os compromissos de que trata o art. 26 do alcance do controle exercido pelos Tribunais de Contas, tratando-se de ofensa ao art. 70 e ao art. 71 da CRFB (TCU, 2018a). Nesse ponto, é importante analisar as críticas feitas

pela Conjur também em relação ao art. 25 do PL 7.445 que trazia a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa¹¹.

Ambos os dispositivos – que foram objeto de veto posteriormente – foram questionados acerca da compatibilidade das propostas com o texto constitucional, em especial sobre a relação entre a competência do Poder Judiciário e a função constitucional de controle atribuída ao Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas. Isso porque criaria hipótese pela via infraconstitucional de exclusão da apreciação do controle externo acerca da regularidade de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas que fossem submetidas à órgão jurisdicional.

Com isso, a Conjur ao mesmo tempo que reconhece a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB), considera que não pode esse ocorrer em cenário em que não se configura “lesão ou ameaça de direito” (BRASIL, 1988), tampouco excluindo a competência constitucional do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas no controle dos gastos públicos.

A unidade de assessoria do TCU sustenta que o exercício do controle externo é atividade que demanda expertise própria dos Tribunais de Contas, não tendo os órgãos do Poder Judiciário a técnica exigida para esse tipo de controle. Para corroborar esse entendimento, cita manifestações de Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) como em voto no qual foi relator o Ministro Celso de Mello e em uma decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux¹². Por outro lado, caso a atividade dos Tribunais de Contas não seja satisfatória no sentido de se encontrar irregularidades formais e equívocos na aplicação da legislação, aí sim cabe a intervenção da via judicial (TCU, 2018b).

Os juristas, por sua vez, entenderam que o posicionamento da Conjur foi no sentido de não confiar na capacidade de proferir boas decisões sobre os assuntos propostos. Consideram que a ação declaratória de validade e a possibilidade de homologação judicial dos

¹¹ O artigo 25 do PL 7.448 possuía a seguinte redação no *caput*: “Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*.”

¹² Trata-se de manifestações proferidas, respectivamente, no Mandado de Segurança n.º 21.466, julgado em 19.05.1993, publicado no Diário de Justiça em 06.05.1994, e na Ação Civil Originária n.º 2.068, decisão monocrática de 28.05.2015, publicada no Diário de Justiça de 02.06.2015.

compromissos são mecanismos que não violam a separação de Poderes (MARQUES NETO et al, 2018).

Entendem que o primeiro mecanismo não estaria desincumbido de demonstrar lesão ou ameaça a direito (MARQUES NETO et al, 2018). Em verdade, consideram a demonstração de “razões de segurança jurídica de interesse geral” imprescindível para o manejo da ação. Com isso, o art. 25 do PL 7.448 seria:

“[...] via processual direta para que o Judiciário possa dar a última palavra sobre a validade de atos em sentido amplo (atribuição essa que, segundo o sistema constitucional brasileiro, já é sua). Não há aqui, portanto, nada de novo ou excêntrico. Conforme afirmado acima, por força da garantia da inafastabilidade da jurisdição prevista na Constituição Federal, as decisões tomadas nas esferas administrativa e controladora estão sempre sujeitas a revisão judicial” (MARQUES NETO et al, 2018).

Enquanto a homologação do compromisso pelo Judiciário seria espécie de controle administrativo prévio via Judiciário, com o intuito de afastar posterior responsabilização do agente público. Conseqüentemente, “a declaração expedida pelo Judiciário sobre a legitimidade ou não de determinado compromisso em hipótese alguma poderia ser contestada pelos órgãos de controle” (MARQUES NETO et al, 2018).

Outro aspecto controvertido atinente ao § 2º do art. 26 do PL 7.448 seria a criação de “uma espécie de irresponsabilidade do agente público por atos ilícitos administrativos e cíveis” (TCU, 2018a). O tema da responsabilidade civil dos agentes públicos é um tema que perpassa por outros artigos da Lei 13.655 de 2018.

O art. 25 e o § 2º do art. 26, ambos do PL 7.448 como se nota suscitaram maior discussão acerca das relações interinstitucionais, em especial entre o controle jurisdicional exercido pelos órgãos do Poder Judiciário e o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Em que pese posicionamento dos juristas a favor da constitucionalidade desses dispositivos, ambos os dispositivos tiveram como um dos fundamentos para sua rejeição a violação ao princípio da Separação e Harmonia dos Poderes (BRASIL, 2018b).

Além de ter maior espaço dedicado ao debate, o art. 25 foi o único artigo do PL 7.448 vetado integralmente. Caso tivesse sido aprovado, permitiria que um acordo celebrado entre a autoridade administrativa e um interessado fosse objeto de ação declaratória de validade, dificultando uma posterior anulação por órgão de controle. Porém, conforme os argumentos nos documentos elaborados pela Conjur, o Poder Judiciário não possui a técnica para a avaliação dessas espécies de acordos que podem ter conteúdo demasiadamente amplo, pela própria natureza da LINDB (TCU, 2018b). Some-se a essa questão, a trazida pela Mensagem de Veto sobre a possibilidade de sobrecarga de processos dessa natureza nos órgãos jurisdicionais (BRASIL, 2018b).

Já o § 2º do art. 26 que autorizaria a homologação judicial de compromisso a fim de afastar a responsabilidade pessoal de agente público, além das questões expressas no parágrafo anterior, não se justifica pela finalidade pretendida. Isso porque o art. 28 da LINDB já prevê que a responsabilização do agente público tomador de decisão ocorra somente nos casos em que configurado dolo ou erro grosseiro¹³.

Trata-se de dispositivos que delegariam o problema da insegurança jurídica ao Poder Judiciário. Contudo, a promoção da consensualidade não deve passar pelo incentivo à judicialização. Em verdade, uma Administração Pública mais consensual passa por uma mudança de cultura jurídica em todos os âmbitos dos profissionais que operam o direito público (legislador, gestor público, controlador, magistrados, particulares)¹⁴.

2.2.2.3 Compromisso e regime de transição

O parágrafo único do art. 23 do PL 7.448, também objeto de veto, previa a possibilidade de celebração de compromisso na hipótese de não cumprimento pelo tomador de decisão de estabelecimento de regime de transição que prevê o *caput* do artigo da proposta, o qual foi mantido. É importante conferir a redação dada à proposta de dispositivo a seguir:

¹³ Assim dispõe o art. 28 da LINDB: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

¹⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto em palestra proferida na I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça Federal defendeu a opinião de que a promoção de consensualidade passa pela mudança de cultura jurídica, com a alteração da lógica exclusiva de comando-controle.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo dos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do *caput*, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso”. (BRASIL, 2017)

Vale tecer alguns comentários sobre o que é o regime de transição proposto pelo art. 23 da LINDB, sem a pretensão de esgotar o tema. Isso se faz necessário pelo fato do parágrafo único trazer a proposta de um compromisso específico, diferentemente do art. 26 da LINDB que introduz o permissivo genérico no direito público para celebração de acordos.

Para Marques Neto (2018, p. 95-97), o regime de transição almeja trazer segurança jurídica em um ambiente caracterizado pela multiplicidade de intérpretes do direito competentes para tomada de decisões, em todas as áreas alcançadas pela Lei 13.655 (controladora, administrativa e judicial), sobre aplicação de normas jurídicas que necessitam de um certo grau de análise subjetiva para gerar efeitos no caso concreto. Para isso, o autor explica que a obrigatoriedade do regime de transição expresso no art. 23 da LINDB:

“[...] cuida de um tipo específico de decisão: aquela determinação “que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito”. Três ordens de qualificantes estão contidas no preceito: (i) a decisão deve inovar entendimento; (ii) deve se tratar de decisão que interpreta outra norma, de conteúdo indeterminado; e (iii) que ao dar esta hermenêutica inaugura uma nova obrigação ou condicionamento”. (MARQUES NETO, 2018, p. 103)

Nota-se que o regime de transição possui a mesma lógica da modulação de efeitos no momento do julgamento acerca da inconstitucionalidade de determinada norma, na qual se posterga a eficácia da decisão com o intuito de preservação da segurança jurídica das relações reguladas pelo ato normativo considerado inconstitucional (MARQUES NETO, 2018, p. 106).

Por se tratar de imposição legal ao decisor, Marques Neto (2018, p. 110-111) entende que o regime de transição nos casos obrigatórios, seria condição de eficácia das decisões proferidas, sendo nulas por não atenderem a regra transição exigida pela lei. Essa questão seria atenuada, no entendimento do autor se o parágrafo único do PL 7.448 não tivesse sido vetado. Isso porque seria uma possibilidade de quem se visse prejudicado pela ausência de regra de transição pudesse negociar uma que atendesse a singularidade do caso¹⁵.

Diniz (2020, p. 26) leciona que o regime de transição possibilita aos administrados tempo para se adaptarem à nova interpretação, de modo a evitar aqueles que atuam com boa-fé sejam prejudicados por mudanças repentinas de entendimento dos decisores.

Feitas essas considerações acerca do regime de transição, passa-se ao debate que envolveu a proposta do parágrafo único do art. 23. Ao final, será analisado o impacto do veto sobre o regime de transição inaugurado pela Lei 13.655.

Segundo a Conjur, norma infraconstitucional não poderia impor ao Tribunal de Contas o “dever de celebrar compromisso de ajustamento” (TCU, 2018a), tratando-se de nova inconstitucionalidade no PL 7.488 por ofensa ao art. 71, inciso IX da CRFB¹⁶.

No parecer, a Conjur entende que não se trata de novidade para o TCU a temática do regime de transição, tendo em vista que já possui a competência constitucional para assinar prazos na correção de irregularidades. Com isso, transferir a prerrogativa do órgão de controle externo para se tornar direito da pessoa regulada seria uma alteração proposta pelo parágrafo único que não estaria em consonância com a ordem constitucional e legal brasileira. Cita como exemplo a possibilidade de modulação disposta no art. 927 do CPC que cuida do tema como prerrogativa de órgão jurisdicional e não como direito da parte (TCU, 2018b).

¹⁵ Maria Helena Diniz (2020) levanta questionamentos sobre a aplicabilidade em casos concretos do regime de transição como “[...] Quem deverá averiguar a indispensabilidade ou não do regime jurídico de transição? O tomador de decisão? O autor da conduta considerada irregular? O Tribunal de Contas (CF, art. 71, IX)?”.

¹⁶ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

Para a Conjur, o art. 23 do PL 7.448 ao trazer imposição aos órgãos de controle, modifica a forma de leitura do inciso IX do art. 71 da CRFB o que corrobora a sua inconstitucionalidade¹⁷.

Em suma, os juristas entenderam que a previsão proposta pelo parágrafo único do art. 23 não exclui a competência do Tribunal de Contas disposta no Texto Constitucional. Argumentam que no caso específico de necessidade de estabelecimento de regime de transição, a proposta seria para o surgimento do direito do administrado em requerer a negociação por uma regra transitória, porém, a autoridade tomadora da decisão não encontrando solução adequada para o caso não estaria obrigada a celebrar o compromisso. Dessa forma, a obrigação imposta à autoridade pública seria apenas ser canal para “(...) receber as demandas de negociação e de processá-las de boa-fé. Não é muito. De resto, autoridade nenhuma pode se negar a isso, no Estado democrático de Direito” (MARQUES NETO et al, 2018, p. 11-13).

A mensagem de Veto assim explicitou as razões para o veto do parágrafo único do art. 23:

“O caput do artigo impõe a obrigatoriedade de estabelecimento de regime de transição em decisão administrativa, controladora ou judicial que preveja mudança de entendimento em norma de conteúdo indeterminado quando indispensável para o seu cumprimento, todavia, o parágrafo único traz um direito subjetivo do administrado ao regime. Assim, o dispositivo reduz a força cogente da própria norma e deve ser vetado, de modo a garantir a segurança jurídica de tais decisões.” (BRASIL, 2018b)

A discussão sobre esse dispositivo é importante para evidenciar o equívoco de determinadas compreensões acerca da consensualidade administrativa. O parágrafo único do art. 23 do projeto de lei previa o direito à negociação em casos que o conflito envolvesse a necessidade de estabelecimento de um regime de transição nos termos do *caput*.

¹⁷ Assim, a Conjur entende que seria a nova leitura: “IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, exceto se a decisão estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, hipótese na qual o TCU deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais, e, caso não o faça, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com o Tribunal, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso” (TCU, 2018b).

Contudo, direito à negociação não pode ser confundido com um dever de celebração de acordo. Pelo próprio cerne da noção de acordo, não se pode obrigar juridicamente ao consenso que está incluído no campo de discricionariedade seja do agente público responsável pela tomada de decisão, seja pelo próprio interessado.

O dispositivo vetado previa a possibilidade de não sendo estabelecido o regime de transição em caso que assim o demandasse, ou na percepção de sua necessidade posterior, seria possível a celebração de acordo para fixação desse regime de transição de forma postergada. Repita-se, seria uma discricionariedade do tomador de decisão, não uma imposição.

Entretanto, apesar de entendermos pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 23 do PL 7.448, também percebemos que o veto não impossibilita a realização do referido compromisso com fundamento no permissivo genérico para celebração de acordos. Isso porque o regime de transição visa assegurar a segurança jurídica no caso concreto de relações que foram objeto de mudança de entendimento pelo órgão tomador da decisão.

Aliás, essa é a função de um permissivo genérico em um ordenamento jurídico. Os casos que não são contemplados pela legislação especial, podem ser fundamentados por meio de disposição genérica prevista no sistema, desde que não viole normas aplicáveis ao regime dos acordos administrativos.

Ademais, parece acertada a percepção expressa na Mensagem de Veto sobre uma possível redução na força impositiva da norma que prevê o regime de transição.

3. UMA INTERPRETAÇÃO PARA O ART. 26 DA LINDB

No dia 25 de Abril de 2018, foi promulgada a Lei 13.655. Tendo estudado os fundamentos da atuação consensual do Poder Público, a finalidade de inclusão do permissivo genérico para os acordos na LINDB e os debates que envolveram os principais vetos relacionados à temática, passa-se nesta parte do trabalho a analisar o art. 26 da LINDB em si, em busca de compreender o regime estabelecido para os acordos públicos.

Para esse fim, será analisada a redação final do dispositivo, o papel da advocacia pública no processo de celebração dos instrumentos consensuais e a metodologia de negociação que se propõe para o alcance dos objetivos propostos pela lei em relação à tomada de decisão que são duplamente: melhoria da qualidade das decisões públicas e promoção da segurança jurídica.

A análise do dispositivo pode ser dividida em dois momentos. Um primeiro momento busca-se compreender o sentido da norma, estudando o conjunto de princípios que orientam o modo de pensar da lei sob análise¹⁸. Ao longo dos capítulos anteriores tornou-se evidente os propósitos que nortearam o surgimento do art. 26 da Lei n. 13.655, quais sejam: a promoção da consensualidade e a necessidade de fortalecimento da segurança jurídica nos acordos administrativos; a melhoria na qualidade das decisões públicas; o favorecimento a um ambiente de inovação; a escolha da LINDB como receptora das normas veiculadas para atingimento desses fins; as discussões extraparlamentares sobre dispositivos que coincidentemente ou não foram vetados, porém não tiraram a essência do permissivo genérico, mas evidenciaram as diferentes percepções do meio acadêmico e órgãos de controle.

Em um segundo momento, pretende-se identificar o regime proposto pelo dispositivo. Dessa forma, busca-se identificar as interpretações adequadas do permissivo genérico, assim como as possibilidades de aplicação que se abrem, sem perder de vistas as suas origens.

¹⁸ Maximiliano (2020, p. 9) explica a importância de se identificar os princípios “que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto”. Vale dizer aqui que como demonstrado no capítulo inicial, não cabe aqui tomar apenas os princípios tradicionais do direito público, porém, ler o dispositivo à luz da dinâmica da administração pública consensual.

Nesse itinerário de análise, considera-se a hermenêutica como etapa anterior e necessária para a aplicação do direito seja pelo administrador, seja pelo magistrado (MAXIMILIANO, 2020, p. 8-9).

Nessa atividade de interpretação, precisas são as palavras do jurista Maximiliano (2020, p. 10) quanto a importância de um processo interpretativo consciente pelo aplicador do direito:

“Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, comparar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventitam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado.

Pode toda regra jurídica ser considerada como uma proposição que subordina a certos elementos de fato uma consequência necessária; incumbe ao intérprete descobrir e aproximar da vida concreta, não só as condições implícitas no texto, como também a solução que esta liga a elas”.

Com isso, não se pretende neste trabalho esgotar as possibilidades de interpretação e aplicação do permissivo genérico, visto que a prática ao encontrar a diversidade de casos concretos poderá estabelecer novos caminhos, alcançando assim uma das finalidades propostas pela Lei 13.655/18: a inovação.

3.1 Considerações preliminares sobre hermenêutica jurídica¹⁹

Estabelecidas tais premissas, para iniciar o estudo da redação final do permissivo genérico do direito público brasileiro, importa delimitar a sistemática de interpretação que será aplicada no presente trabalho, para em seguida passar à análise da redação do permissivo genérico em si. Para isso, alguns aspectos preliminares devem ser tratados acerca da interpretação possível do dispositivo.

Tal digressão faz-se necessária, uma vez que os autores do projeto de lei que deu origem à Lei n. 13.655 de 2018 tiveram a grande preocupação de demonstrar seus objetivos com o texto da proposta, procurando estabelecer desde antes do nascedouro da nova norma as interpretações adequadas de cada dispositivo, o cerne das questões que buscavam contribuir na administração

¹⁹ Como aponta Lobo (2019, p. 126), embora Maximiliano diferencie hermenêutica e interpretação, é uma opinião minoritária entre os juristas que se debruçam sobre o tema, os quais tratam os dois conceitos indistintamente. A diferenciação desses dois conceitos não é uma preocupação do presente trabalho, razão pela qual serão usados sem diferenciação.

pública. Quando questionados tais dispositivos por diferentes grupos, novamente manifestaram-se a fim de confirmar a posição e a interpretação adequada.

Concebida no meio acadêmica, houve empenho constante em estabelecer as premissas para a interpretação fiel da norma aos anseios de seus autores. Embora compreensível o esforço dos renomados juristas para que não houvesse interpretações que desfigurassem a missão da nova lei, uma vez promulgada, não se pode perder de vista que cabe ao aplicador do direito (gestor público, controlador ou magistrado), que também é intérprete, verificar a compatibilidade entre a lei e as situações concretas.

Caso contrário, pode-se cair na tentação de se interpretar os dispositivos com fundamento em uma corrente da hermenêutica jurídica, a “hermenêutica iluminista”, a qual não distingue as funções de compreender e interpretar a norma, de outro modo, acredita que o aplicador deve ser capaz de encontrar a vontade do legislador contida no dispositivo (MIOZZO, 2016, p. 370-374).

Para Maximiliano (2020, p. 40), esse sistema tradicional, denominado escolástica ou dogmática, não incorre totalmente no erro, sendo certo que é importante conhecer as ideias do autor para compreender o sentido da norma, porém, não é suficiente para a compreensão do seu alcance.

Por outro lado, deve-se considerar o que Maximiliano (2020, p. 43)²⁰ nomeia de sistema hermenêutico histórico-evolutivo, ou evolutivo, no qual a atividade do intérprete não é a busca da vontade do legislador imutável, mas a de dar sentido à lei, a qual imutável em sua forma, ganha novo alcance na prática do dia a dia²¹.

Com isso, em suma, o dispositivo objeto do processo interpretativo não deve ser tomado somente separadamente, mas no conjunto de ideias que permeiam a lei na qual está inserido.

²⁰ Miozzo (2016, p. 372) esclarece que Maximiliano, apesar de não ter sido pioneiro na análise feita sobre os sistemas hermenêuticos, reconhece sua contribuição para a academia jurídica brasileiro até os dias atuais. Ainda segundo o autor, o jurista renomado encontrou inspiração nos pensamentos de Schleiermacher, precursor da hermenêutica moderna no âmbito da filosofia e de Savigny por sua Escola Histórica no direito.

²¹ Maximiliano (2020, p. 45-46) subdivide esse sistema hermenêutico de acordo com a ênfase do processo interpretativo em (i) teleológico que se orienta a identificação do fim do dispositivo e, (ii) sociológico que leva em consideração às necessidades sociais da época que ocorre o processo interpretativo.

3.2 Análise do art. 26 da LINDB

Com poucas alterações em sua redação final, o *caput* do art. 26 da Lei n. 13.655 de 2018 foi assim incluído à LINDB:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (BRASIL, 2018a)

Inicialmente, vale notar que o compromisso do art. 26 da LINDB considerado como permissivo genérico não é uma espécie de acordo administrativo. Na verdade, trata-se de gênero do qual são espécies os acordos anteriores à vigência desse dispositivo ou os posteriores, desde que possam ser enquadrados nas regras estabelecidas.

3.2.1. O agente público como intérprete da lei

É importante frisar a qualidade do gestor público como intérprete da lei e do direito que será aplicado às demandas e situações administrativas que surgem no dia a dia da administração pública. Palma (2020, p. 227), chama atenção para esse ponto ao propor como pressuposto da nova LINDB a premissa de que a administração pública é a “primeira intérprete da lei” e que exerce importante papel na sua interpretação, ainda que não seja dotada de poderes para definir a interpretação definitiva²².

É possível apontar outros dispositivos da Lei n. 13.655 de 2018 que trazem a ideia mencionada direta ou indiretamente. À título de exemplo pode-se considerar os artigos 20, 22 e 30 da LINDB.

O parágrafo único do art. 20 da LINDB traz o dever de o decisor motivar demonstrando a necessidade e adequação da decisão baseada em valores jurídicos abstratos²³. Essa obrigação imposta ao decisor nada mais é que explicitar o seu processo interpretativo.

²² A autora sintetiza seu pensamento na seguinte sentença: “Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos” (2020, p. 227).

²³ 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.

O art. 22 reconhece que, para se verificar a legitimidade do processo interpretativo, é preciso analisar as circunstâncias contemporâneas à época da tomada de decisão²⁴. Quanto ao *caput* desse artigo, vincula-se o controlador à interpretação à época, não com o conhecimento no momento da decisão controladora sobre o caso (PALMA, 2020, p. 228-229).

Já o art. 30 impõe o dever das autoridades públicas na edição de atos que confirmam maior previsibilidade na aplicação das normas²⁵. Para isso, realizam a interpretação de normas e preveem sua aplicação em determinados casos concretos.

O art. 26 da LINDB não dispensa esse pressuposto. Na tomada de decisão pela celebração de um acordo à outra conduta, o agente público deverá considerar o enquadramento do caso concreto às hipóteses genericamente estabelecidas em lei e as vedações dispostas para não estipular cláusulas ensejadoras de eventual invalidação ou judicialização do acordo.

3.2.2. A finalidade do compromisso

Em relação as escolhas na linguagem feita, considerações importantes merecem ser feitas. Verifica-se que o *caput* inicia-se com a finalidade do compromisso que institui. Com isso, há um realce das hipóteses nas quais é possível a celebração do acordo, que são na existência de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. Essas são as realidades fáticas que devem ser observadas para o compromisso.

O dispositivo ainda estipula uma ação, que é a função do acordo, em relação a esses fatos, ou seja, a missão do instrumento consensual é “eliminar” as situações fáticas nas quais é possível ser celebrado. Assim, o verbo demonstra o objetivo final do compromisso que não se encerra em sua celebração, mas precisa ser acompanhado até a eliminação efetiva das situações.

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. (BRASIL, 2018a)

²⁴ Art. 22. Na interpretação de normas de gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (...) (BRASIL, 2018a)

²⁵ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (BRASIL, 2018a)

Por isso, Guerra e Palma (2018, p. 160) aproximam “acordos a planos”, pois são efetivamente planos para a solução jurídica construída pela via do diálogo para encerrar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no caso concreto.

Em seguida a redação delimita mais sua finalidade que é “na aplicação do direito público”. Mais uma vez vale recorrer às lições de Maximiliano (2020, p. 6) para quem “A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado”.

Machado (2019, p. 75) chama atenção sobre ser essencial para o entendimento do dispositivo a relação entre os seus três objetivos e o fenômeno da aplicação do direito. Sendo aplicação do direito administrativo, não se pode perder de vista as funções administrativas do Estado, quais sejam, serviço público, fomento, poder de polícia e regulação, sendo no exercício dessas funções que se dá a aplicação do direito pela Administração Pública.

Com isso, não se pode passar despercebido que o momento de eliminar irregularidade, incerteza jurídica e situação contenciosa por meio de compromisso baseado no art. 26 da LINDB é na aplicação do direito. Significa dizer que é preciso que a autoridade administrativa esteja diante de um caso concreto. Cite-se como exemplos: servidor público que cometeu infração administrativa; pedido de licença para realização de determinada atividade privada em que há obscuridade quanto aos requisitos exigidos; conflitos no uso do bem público de múltiplos interesses envolvendo normas urbanísticas.

Pode-se vislumbrar também a celebração de acordo com finalidade de prevenir a ocorrência de uma irregularidade, situação contenciosa ou incerteza jurídica.

Nada impede, por exemplo, que a administração pública estabeleça por regulamentos parâmetros de atenção, em especial nas agências reguladoras, que apontem para prováveis infrações futuras. Diante do risco iminente de infração, pode se adiantar o regulador na propositura de um compromisso que objetive o ajuste da conduta do regulado, cabendo a este aceitar ou não os termos, podendo correr o risco de operar nos limites regulatórios.

Outro exemplo é a prevenção de situações contenciosas por meio da realização de consultas públicas que são mecanismos prévios opcionais na tomada de decisão para a celebração do compromisso do art. 26 da LINDB. Por meio desse canal de participação dos interessados, Guerra e Palma (2018, p. 155-156) indicam os benefícios para sua adoção, em que se pode prever conflitos derivados da matéria objeto do acordo, convocar novos interessados que sejam considerados pertinentes para comporem a solução negociada, além de conferir maior legitimidade ao instrumento consensual.

Com isso, os acordos administrativos podem assumir uma postura não somente proativa na solução de conflitos que se depara a Administração Pública, como também pode atuar preventivamente, desde que existam parâmetros objetivamente detectáveis no caso concreto para justificar essa atuação, visando a eficiência da conduta administrativa.

Dessa forma, o compromisso do art. 26 da LINDB pode ser compreendido em dois grupos, nos quais tradicionalmente se aloca os acordos administrativos: (i) os acordos substitutivos e (ii) os acordos integrativos. O primeiro inclui os instrumentos consensuais que almejam eliminar irregularidade e situação contenciosa de forma negociada, em detrimento de uma decisão unilateral impositiva, sendo caracterizados como terminações convencionais do processo. Enquanto o segundo inclui o compromisso para eliminar incerteza jurídica, não substituindo uma decisão final (GUERRA e PALMA, 2018, p. 150-154).

No caso da eliminação de irregularidade, o compromisso configura legítima via alternativa à via da imposição de sanções com base no tradicional poder de polícia, provocando a Administração Pública à possibilidade de diálogo para a construção de soluções negociadas, as quais não se estava acostumado no campo do direito público (MACHADO, 2019, p. 76).

Quanto a situação contenciosa, essa pode

“permanecer mesmo depois de, em já tendo sido instaurado algum procedimento, prolatada decisão definitiva sobre o assunto versado nos autos (de processo administrativo ou judicial), bastando que não tenha ocorrido o cumprimento da obrigação imposta ao vencido, o que levaria a uma preclusão lórgica, com força para não eternizar conflitos.” (MACHADO, 2019, p. 77).

Já o compromisso que objetiva a eliminação da incerteza jurídica na aplicação do direito configura-se no decorrer de processos em curso, não substituindo a decisão final para o conflito,

mas uma decisão intermediária que confira maior estabilidade e previsibilidade no processo administrativo.

Para encerrar essa primeira parte do texto legal em si, vale notar a expressão “inclusive no caso de expedição de licença”. Aqui se preocupou em não abrir margem para interpretação restritiva, estando inclusive atos administrativos considerados de caráter vinculado, suscetíveis à atuação consensual administrativa, desde que seja a solução mais compatível com o interesse público no caso concreto.

Com isso, apesar de possível entendimento que tenha sido redundante o texto legal, é justificável a escolha para evidenciar que o permissivo genérico “pode subsumir-se tanto a casos de exercício de escolhas discricionárias como também de escolhas vinculadas” (MACHADO, 2019, p. 80).

Conclui-se que a finalidade dos acordos administrativos é constituída por uma ação: “eliminar”; três situações objeto dessa ação: irregularidade, incerteza jurídica e situação contenciosa; e, um determinante comum desses objetos: a aplicação do direito público.

Passa-se à análise das partes capazes para a celebração do compromisso.

3.2.3. As partes legítimas e capazes para celebração do acordo

Guerra e Palma ao tratar da escolha do texto legal em usar o termo “autoridade administrativa” notam que se optou pelo afastamento do debate acerca da capacidade dos órgãos públicos para celebrarem acordos. Por outro lado, “[a] LINDB não qualifica quem é essa autoridade administrativa. Aqui, o importante é verificar a *alocação de competências* conforme as normas que informam o funcionamento do órgão ou ente em que o acordo seja celebrado” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 149).

Os autores propõem cinco cenários para verificação de qual o agente público competente para celebração do compromisso, quais sejam, (i) por especialidade, em casos de previsão legal ou infralegal específica para determinado órgão realizar o procedimento e a celebração do acordo; (ii) por hierarquia, quando houver avocação de competência nos termos da legislação vigente; (iii) por delegação, desde que não se trate de competência exclusiva; (iv) no ato

complexo, quando se requer a manifestação de mais de uma autoridade; (v) geral, que seria a regra, sendo aquela que é competente para proferir a decisão no caso concreto que se pretende pactuar (GUERRA e PALMA, 2018, p. 149-150).

Percebe-se que a opção pela promoção de acordos pode incentivar, inclusive, uma mudança na estrutura dos órgãos e em seus procedimentos para melhor adaptação e especialização da atuação consensual da Administração Pública.

Quanto a outra parte do acordo, usa-se o termo “interessados” sendo terminologia de sentido amplo. Nela, estão abrangidos nas possibilidades abertas pelo permissivo genérico, as pessoas físicas ou jurídicas, que possuem vínculo especial com a Administração Pública, como servidores e concessionárias de serviços públicos, ou os particulares de modo geral.

Dessa forma, pretende-se chamar atenção para a presença de um interesse em solucionar um conflito em conjunto com a autoridade administrativa, podendo ser tanto os destinatários diretos de determinada legislação ou regulamentação, como aqueles considerados indiretamente como interessados.

Pode-se remeter nesse ponto à Lei 9.784, que trata da intervenção de terceiros no processo administrativo federal, em seu artigo 9º ao tratar daqueles que podem ser legitimados como interessados a participar do processo administrativo (GUERRA e PALMA, 2018, p. 155). Assim como, o artigo 10 do mesmo diploma legal que cuida da capacidade para ser interessado.

Apesar de se referirem ao processo administrativo federal, esses dispositivos regularmente servem de base para as leis e regulamentos de processo administrativo de outros entes e órgãos, razão pela qual vale conferir suas redações:

“Art. 9º. São legitimados como interessados no processo administrativo:

I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotadas;

III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Art. 10. São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio” (BRASIL, 1999).

Como se percebe, a identificação dos interessados para celebrarem com a Administração Pública acordos administrativos dependerá da demonstração do interesse no caso concreto, sendo de fácil identificação os que já sejam componentes de processo administrativo em trâmite ou destinatários de determinação normativa. Por outro lado, necessitando uma fundamentação maior os indiretamente afetados pelas decisões públicas.

3.2.4. Validade formal e material dos acordos

Não se deve considerar que o art. 26 estabeleça um regime jurídico de negociação decorrente de sua redação. Isso porque, esse permissivo genérico não regula o processo de tomada de decisão, mas a validade do acordo em si. Dito de outra forma, não se disciplina o processo para se chegar à celebração do compromisso, apenas lista atos imprescindíveis para a validade.

A negociação entendida como meio de resolução de conflito por autocomposição envolve mais o processo para se chegar ao acordo, menos o instrumento celebrado em si. Por exemplo, no decorrer do diálogo processual entre Poder Público e interessados, um dos atores pode perceber que não pode aceitar os termos que lhe são propostos, diante de suas condições minimamente aceitáveis e decide encerrar a negociação sem a celebração do instrumento consensual.

Dessa maneira, a falta de êxito na celebração de um acordo não significa que não houve negociação, apenas que esta não findou em um consenso. O mesmo se diz das audiências de conciliação e mediação ocorridas no âmbito do processo civil, a sua ineficácia por uma solução consensual não provoca a nulidade dessas espécies de atos processuais. Com isso, toma-se a negociação como um meio, um caminho, que tem por meta o consenso, ainda que não o alcance no caso concreto.

Por tais razões, um permissivo genérico para celebração de acordos trata apenas genericamente da negociação, porém não traz, nem deve pretender trazer, um regime jurídico para essa via que deve ter preservada sua flexibilidade para melhor utilização.

Portanto, entende-se que o permissivo genérico traz normas gerais sobre a validade do acordo no que concerne às formalidades a serem observadas e as cláusulas essenciais do acordo, sendo respectivamente requisitos formais e materiais dos acordos administrativos.

Assim, pode-se aferir do art. 26 da LINDB como requisitos formais para a validade do acordo administrativo os seguintes: oitiva do órgão jurídico, consulta pública e publicação oficial²⁶.

Nota-se que os requisitos formais para validade do acordo podem ser de observância obrigatória como a oitiva do órgão jurídico e a publicação, ou discricionária que é a realização de consulta pública²⁷.

3.2.4.1 Oitiva do órgão jurídico

A oitiva do órgão jurídico é obrigatória para a validade do compromisso. No entanto, não se definiu no artigo o momento em que isso ocorrerá. Pode-se afirmar apenas que deverá ser anterior a celebração do acordo.

Não se trata de requisito pioneiro em processos administrativos, encontrando-se presente também em outros procedimentos que findam a celebração de instrumentos consensuais (GUERRA e PALMA, 2018, p. 156).

Machado (2019, p. 81) relaciona a obrigatoriedade de pronunciamento de órgão jurídico ao parecer jurídico obrigatório no procedimento licitatório, nos termos do art. 38, IV da Lei 8.666.

²⁶ Classificação diferente é proposta por Machado (2019) que considera como requisitos formais além dos considerados por este trabalho: presença de relevante interesse geral; descrição do prazo para o seu cumprimento; descrição das sanções pelo descumprimento e impossibilidade de desoneração permanente. São requisitos que serão tratados junto às cláusulas essenciais.

²⁷ A Lei 13.655 trouxe dispositivo à LINDB específico sobre consultas públicas, que são instrumentos de participação, no seu artigo 29. Nota-se que também lá a previsão que sua realização é discricionária por meio do uso do termo “poderá”. Porém, esse termo é mais aberto que a opção legislativa no art. 26 pela expressão “quando for o caso”. Além disso, o artigo 29 refere-se expressamente a edição de atos normativos, o que pode ou não se configurar como de efeitos concretos aos interessados a gerar uma das causas objeto do compromisso do artigo 26. Vale trazer a redação do *caput* do art. 29 da LINDB: “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”.

Quanto à forma dessa oitiva, Diniz (2020, p. 29) afirma que comporá o processo para subsidiar a tomada de decisão pela celebração do compromisso: “o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta”.

De fato, a manifestação em forma de parecer, entendido como ato administrativo enunciativo que, em regra, não vincula o tomador de decisão, parece ser a melhor forma a se adotar, atentando-se a autoridade administrativa para a necessidade de motivação em caso de não aderir à opinião jurídica expressa (OLIVEIRA, 2019, p.344). Se assim se entende a oitiva do órgão jurídico, essa não pode ser considerada como um controle prévio de legalidade. Para assumir essa qualidade, deveria adequar-se a um ato administrativo de controle ou de verificação que podem ser: aprovação, homologação e visto (OLIVEIRA, 2019, p. 345-346)²⁸.

Nesse sentido, Guerra e Palma (2018, p. 157) entendem que essa manifestação do órgão jurídico, apesar de ser requisito de validade, não é de observância obrigatória pelo tomador de decisão acerca do possível acordo administrativo a ser celebrado, porém reconhecem que “o custo institucional e reputacional em se opor à manifestação jurídica é elevado e, por vezes, o compromisso pode deixar de ser celebrado pelo simples desconforto decisório da autoridade administrativa”.

Outro ponto importante é quanto à possibilidade de responsabilização do agente público que emite a opinião jurídica, devendo-se levar em conta o disposto no art. 28 da LINDB que prevê que isso somente ocorrerá quando verificada a presença de dolo ou erro grosseiro (MACHADO, 2019, p. 81).

Dessa forma, a manifestação do órgão jurídico assume papel central na legitimação da tomada de decisão discricionária no sentido de celebrar o acordo administrativo.

²⁸ Diferente é o caso dos acordos e transações disciplinados pela Lei 9.469 para prevenir ou terminar litígios quando ultrapassem os valores previstos em ato normativo que regulamente o art. 1º, § 4º. Com isso, de forma genérica estão autorizados até determinado limite a celebração de acordos e transações de que trata a lei, porém, aos valores excedentes é necessária uma nova autorização para a celebração de instrumento consensual, sendo obrigação prevista em legislação especial sobre o tema, prevalecendo sobre a disposição da LINDB.

3.2.4.2 Publicação oficial

Outro requisito imprescindível é a publicação oficial do compromisso, que é condição de eficácia do acordo (GUERRA e PALMA, 2018, p. 158; DINIZ, 2020, p. 29). É importante ainda considerar a boa prática de disponibilização dos instrumentos consensuais em plataforma eletrônica (GUERRA e PALMA, 2018, p. 158). Com isso, privilegia-se a maior transparência da Administração Pública e amplo acesso à informação pelo cidadão, de organizações da sociedade civil e atores econômicos de setores regulados²⁹.

Apesar de não ser exigência do texto legal, é razoável que se promova o acesso à informação além da publicação oficial, sendo medida que evidenciará mais o pressuposto democrático da atuação consensual administrativa, permitindo o controle não somente dos órgãos oficiais, mas o controle social acerca da legalidade e legitimidade dos acordos celebrados.

3.2.4.3 Consulta pública

A consulta pública como instrumento de promoção de maior participação dos administrados foi incorporado no ordenamento jurídico nacional pelo art. 31 da Lei 9.784, sendo desde já considerada facultativa diante do termo “poderá” presente no dispositivo (MACHADO, 2019, p. 82).

Entendemos que se deve evitar considerá-la como facultativa, uma vez que o texto do dispositivo traz a expressão “quando for o caso”. Logo, existirão casos concretos que tornam conveniente e oportuna a realização de consulta pública, razão pela qual se prefere entender a consulta pública como requisito discricionário.

Dessa forma, deve haver uma ponderação pelo tomador de decisão se o caso concreto demanda uma maior participação dos interessados, a fim de “legitimar o acordo e de mapear eventuais conflitos e interesses afetados”, conforme explicam Guerra e Palma (2018, p. 155).

²⁹ Vale mencionar a prática de instituições que disponibilizam os termos de ajustamento de conduta celebrados com base na LACP em seus sítios eletrônicos para consulta de qualquer interessado.

Os autores trazem ainda recomendações de características de casos em que seja mais evidente a conveniência na realização de consultas públicas, quais sejam:

“(i) negociação de altos valores, como nos acordos de investimentos bilionários; (ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão dos benefícios gerados pelo compromisso; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso, inclusive quanto à desconfiança ética das tratativas; e (iv) em casos cujo cenário do compromisso seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo.” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 156).

Verificadas essas situações fáticas, bem como outras de grande repercussão, é conveniente que a autoridade administrativa explicithe os motivos que levaram a não considerar conveniente e oportuna a realização da consulta pública.

A mesma sugestão de motivação não se faz tão necessária se o tomador de decisão realizar consulta pública em casos de menor complexidade, visto que ao menos em tese conferiu caráter mais democrático ao processo, desde que os custos para realização do ato não sejam elevados no aspecto financeiro, tampouco prejudique a eficiência da solução consensual.

Nada impede que a legislação preveja outros atos obrigatórios ou discricionários para a validade do acordo celebrado, como estudos sobre a viabilidade técnica e financeira dos acordos (DINIZ, 2020, p. 29).

3.2.4.4 Cláusulas Essenciais

Quanto ao conteúdo do acordo, há, de acordo com Guerra e Palma (2018, p. 159-165) as cláusulas essenciais previstas nos incisos do § 1º do art. 26 que assim dispõe: “O compromisso referido no **caput** deste artigo”. Assim, passa-se a elencar cláusulas de três ordens: (i) quanto ao conteúdo; (ii) cláusulas vedadas; e (iii) cláusulas obrigatórias.

O inciso I dispõe que o acordo “buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”. Evidencia-se que o conteúdo do acordo administrativo não é baseado em uma cultura adversarial em que se busca o melhor resultado possível em detrimento das perdas da outra parte. Para o atingimento de uma solução nos termos

do dispositivo legal, faz-se necessário que a negociação que precede a celebração do acordo seja norteadada por princípios específicos que assegurem a colaboração entre as partes para a solução do conflito. Trata-se assim de uma “cooperação público-privada” (DINIZ, 2020, p. 28).

Para o desenho de uma solução jurídica proporcional é necessário observar os elementos que constituem o princípio da proporcionalidade no caso concreto. Guerra e Palma (2018, p. 163) exemplificam as etapas no tema dos acordos administrativos:

“No caso concreto, é oportuno se valer das subregras da proporcionalidade para construir o seguinte teste: (i) a obrigação desenhada deve se relacionar com o problema jurídico – *adequação*; (ii) deve ser a menos onerosa dentre as suas alternativas – *necessidade*; e (iii) ser a que melhor traduz e potencializa o plano do compromisso – *proporcionalidade em sentido estrito*”.

Sobre o caráter equânime da solução jurídica, o permissivo genérico assume que é possível o estabelecimento de cláusulas desiguais entre as partes que celebram o acordo administrativo. Dessa forma, obrigações, prazos e formas de controle dos resultados do compromisso podem ser pactuados em diferentes níveis a depender do caso concreto e das características pessoais dos envolvidos.

Logo, são questões que devem ser observadas pela autoridade administrativa, sem que haja um desvirtuamento dos pressupostos e objetivos da via consensual. Quanto a essa atenção para a essência da consensualidade administrativa, Machado (2019, p. 105) observa que

“O agir estatal, ainda que pela via dialógica, tem potencial para produzir efeitos nem sempre idênticos sobre os cidadãos. Mas esta propensão deste agir deve se erigir (i) sem resvalar para a arbitrariedade, de forma aderente às capacidades dos envolvidos, (ii) sem prescindir de um exame acurado e meticuloso da situação fática em julgamento e (iii) sem desconsiderar, da mesma maneira, o peso dos bônus a serem percebidos por força da distribuição”.

Ainda neste inciso, nota-se a obrigação de se observar a compatibilidade entre a solução jurídica adotada no acordo e os interesses gerais. Tal dever relaciona-se com a verificação de presença de razões de relevante interesse geral que trata o *caput* do art. 26 da LINDB. Não se trata de obrigação imposta à autoridade administrativa apenas no campo da intenção ou no mundo das ideias, mas é imprescindível que a justificativa do “interesse público no caso concreto” esteja demonstrada no processo que der origem ao acordo administrativo, não sendo mera formalidade prevista na lei. A não demonstração da aplicação no caso concreto do

interesse público torna a legitimidade do acordo frágil e passível de invalidação (GUERRA e PALMA, 2018, p. 157-163).

Tais princípios que regem a negociação serão tratados no capítulo seguinte.

Já o inciso III dispõe sobre espécie de cláusula vedada no compromisso, o qual “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral”. Pode-se relacionar a vedação à desoneração permanente com a disposição do art. 2º, inciso II da Lei 9.784 que veda a “renúncia total ou parcial de poderes ou competências” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 163).

Em verdade, tais cláusulas são decorrências lógicas da sistemática dos acordos administrativos desenhada pelo permissivo genérico. Como visto, a finalidade do compromisso é a eliminação de irregularidade, incerteza jurídica e situação contenciosa no caso concreto. Se o acordo refere-se a regularizar tais situações, não poderia prever além, estipulando um regime diferenciado permanente para as partes. Cessadas as razões de interesse geral que levaram à celebração do acordo ou descumpridas as obrigações e prazos pactuados, deve-se encerrar a relação especial acordada.

Vale tecer comentários quanto à segunda parte do inciso III sobre o “condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral”. Aqui é necessário remeter-se ao art. 24 da LINDB que assim dispõe:

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.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (BRASIL, 2018a)

O parágrafo único define o que se entende por orientações gerais. Quando reconhecido direitos por meio delas que impactem o interessado que celebra acordo com a Administração

Pública, essa tem um dever de não impedir a fruição desse direito (GUERRA e PALMA, 2018, p. 163).

Dessa forma, a vedação exclui a possibilidade de a Administração Pública criar “condições para a efetivação de direitos como atrelar o direito de petição ao pagamento de quantia certa, condicionar a apresentação de denúncias a específicos casos ou sujeitar a vigência de contrato de prestação de serviços à plena satisfação do compromisso, por exemplo” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 163).

Digno de nota é o fato de que o caput do art. 24 da LINDB relaciona-se com a revisão tendente a invalidar em decorrência de alteração de orientação geral. Não se fala aqui nos casos em que se busca a revisão do conteúdo acordado, sem o seu desfazimento, para restabelecimento da proporcionalidade das cláusulas negociadas em decorrência de mudanças no cenário em que se pactuou. Tal revisão quanto ao conteúdo, portanto, em relação aos efeitos gerados no caso concreto, pode ser requerida pelo interessado diretamente a própria Administração Pública, ou, sendo o caso, nas esferas controladora e judicial.

Vale ressaltar que essas cláusulas vedadas podem não estar claras no compromisso pactuado, devendo haver uma verificação no caso concreto sobre o respeito ao preceito normativo. Isso porque, sucessivas prorrogações de um acordo, a recusa de expedição de documentos pelos órgãos públicos na sua vigência, entre outros fatores podem levar à constatação pelos órgãos de controle ou pelo próprio compromissário que há a presença de elementos que caracterizem uma desoneração permanente de deveres ou um condicionamento de direitos.

Por fim, o inciso IV prevê cláusulas obrigatórias em que a autoridade administrativa “deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”. Para Guerra e Palma (2018, p. 164), o dispositivo tem inspiração no art. 104 do Código Civil aliado com a experiência do Poder Público na celebração de acordos, em especial o Ministério Público. Como lecionam os autores, não é suficiente a mera previsão de obrigações, prazo e sanções, é preciso cumprir o dever de clareza para que essas cláusulas comportem parâmetros objetivos e não contenham ambiguidades. Para Machado (2019, p. 83-84), a inspiração desse inciso remete-se aos incisos do art. 4º-A, da Lei 9.469 de 1997.

A estipulação de prazo pode ser no formato de um termo final ou de um cronograma de realizações, sendo útil para:

“(i) servir de métrica para o desenho das cláusulas obrigacionais, de modo que os deveres pactuados sejam factíveis dentro do prazo estimado; (ii) servir de marco para avaliação do compromisso, quando será devida a aplicação de sanção em caso de descumprimento; e (iii) servir de marco de liberação do compromisso e objetivar o pedido do termo de quitação.” (GUEERA e PALMA, 2018, p. 164-165).

3.2.4.5 Dever de clareza

O dever de clareza preceituado no inciso IV do § 1º do art. 26 da LINDB é norma direcionada não somente ao conteúdo jurídico do acordo administrativo, mas leva a autoridade administrativa e o órgão jurídico a atentar para a linguagem utilizada para que seja devidamente entendida pelo compromissário. Dessa forma, o responsável por redigir as cláusulas do compromisso deve levar em consideração as condições pessoais da outra parte, a fim de adequar a linguagem, na medida do possível. Com esse cuidado, pode-se garantir que não seja causa de invalidação do acordo a alegação de boa-fé objetiva do interessado.

A depender da complexidade do caso, a adaptação da linguagem pode levar a ambiguidades e esvaziamento de sentidos pactuados, passando a admitir interpretações diversas. Nesses casos, é inoportuna a mencionada alteração linguística, a fim de preservar o rigor técnico, porém, recomenda-se que o interessado seja auxiliado por profissional da área jurídica como defensor público ou advogado privado, conforme o caso.

4. NEGOCIAÇÃO BASEADA EM PRINCÍPIOS NA PREPARAÇÃO DO ACORDO ADMINISTRATIVO

No capítulo anterior cuidou-se dos preceitos legais relacionados à redação do permissivo genérico, ou seja, o “mínimo regulamentar” para a validade de um acordo administrativo (GUERRA e PALMA, 2018, p. 147).

São disposições, entretanto, que não esclarecem como se dá o processo para a celebração do compromisso. Porém, essa percepção não é uma crítica a redação do art. 26, pois esse processo deve ser flexível para que se garanta sua adequação às diferentes realidades e problemas que se depara a Administração Pública.

Esse entendimento decorre da própria lógica consensual que se afasta dos modelos para promover a construção de soluções jurídicas diretamente relacionadas às especificidades do caso concreto (GUERRA e PALMA, 2018, p. 160).

O maior desafio para o adequado manuseio do compromisso do art. 26 da LINDB é que a negociação das cláusulas do acordo administrativo celebrado não se torne causa de eventual responsabilização dos agentes públicos envolvidos na tomada de decisão pelo consenso em detrimento da via imperativa e unilateral.

Com isso, para se dar um passo em direção à efetiva consensualidade administrativa, deve-se visitar primeiro outra área de conhecimento para que a prática administrativa possa efetivamente ser inovadora sem perder de vistas a segurança jurídica. Essa segurança não pode ser a todo custo, sacrificando a liberdade das partes, expressas na flexibilidade e dinâmica que a lógica consensual exige.

Para isso, as autoridades responsáveis pela regulamentação dos acordos em diferentes órgãos administrativos e os órgãos de controle (tribunais de contas e órgãos do Judiciário) não podem desenhar um processo rígido que desfigure a consensualidade administrativa como fundamento do permissivo genérico, tornando a negociação fonte de acordos ineficientes.

No presente capítulo, propõe-se um conjunto de princípios e técnicas que adaptadas à realidade da administração pública podem promover maior segurança jurídica em favor de

agentes públicos e interessados, e, ao mesmo tempo, preservar a essência consensual que demanda eficiência, participação e governança.

Trata-se de oferecer subsídios técnicos ao tomador de decisão para que possa fundamentar sua escolha pela via consensual e salvaguardar sua conduta de eventuais questionamentos de órgãos de controle. Com isso, o intuito é que a negociação se oriente a partir dos princípios corretos para que a escolha discricionária de negociar e celebrar compromisso seja respaldada pela legalidade e legitimidade necessárias para a higidez do acordo.

Neste momento do trabalho, propõe-se adotar em certa medida a Metodologia de Negociação de Harvard, conhecida como “negociação baseada em princípios”, desenvolvida pelos estudiosos Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton.

Antes de passar ao estudo dessa espécie de negociação, alguns comentários sobre o processo de negociação de forma geral precisam ser tecidos para situá-lo adequadamente no estudo dos métodos adequados de solução de controvérsias.

Após essa etapa, serão expostas as bases da negociação baseada em princípios e sua adaptação para a realidade da administração pública.

Por fim, será proposto que a técnica sugerida para anteceder a negociação em si seja adotada de forma expressa na instrução do processo administrativo que venha a gerar um acordo administrativo, sendo conteúdo que irá evidenciar os motivos determinantes que levarão a autoridade administrativa a decidir pela via consensual.

4.1 A negociação de acordos administrativos como meio para se atingir soluções por autocomposição

Como visto, os conflitos com a Administração Pública podem ser solucionados por meio de acordo administrativo celebrado entre a autoridade administrativa competente no caso e os interessados, com fundamento no permissivo genérico disposto no art. 26 da LINDB. Porém, para se chegar a esse acordo é necessário um processo o qual se denomina negociação.

Guerra e Palma (2018, p. 154) propõem a divisão do processo para a celebração do compromisso da LINDB em três fases: “(i) iniciativa; (ii) instrução; e (iii) celebração do compromisso”. Nessa divisão, alocam a negociação como etapa da fase de instrução.

Contudo, entendemos que esse processo é, na verdade, um processo de negociação, pois essa não se resume a uma sequência de propostas e contrapropostas, inicia-se desde a tomada de decisão em negociar até a celebração do acordo e controle dos resultados.

Dessa forma, a negociação é um processo. No estudo dos métodos adequados de resolução de conflitos, pode-se entender a negociação como processo constitutivo de outra modalidade de solução de conflitos por autocomposição, ou como processo autônomo (ZAPPAROLLI, 2019, p. 107).

Nesse sentido, a negociação encontra-se ao lado da mediação e da conciliação como métodos de solução de controvérsias por autocomposição, diferenciando-se aquela por ser forma direta, ou seja, entre as partes; e, estas contam com a assistência de um terceiro (GABBAY, 2019, 127).

A divisão das fases da negociação pode ser encontrada de diferentes formas na literatura, porém trazem em sua essência as mesmas ideias, sendo uma divisão didática para melhor percepção dos momentos. Lima (2017, p. 56) divide o processo de negociação em: preparação, criação, negociação, fechamento e reconstrução. Moraes (2015, p. 173) propõe: planejamento; o contato; objetivação da negociação; inclusão e formalização; e implementação. Gabbay (2019, p. 135) utiliza: preparação; condução da negociação; resultado; e implementação e avaliação do processo.

Assim, deve-se entender a negociação como processo autônomo ou não aplicável à realidade da Administração Pública para se conciliar com as demandas de regras e princípios do direito público.

Quanto às partes que compõem a negociação, Zapparolli (2019, p. 109) classifica as negociações em: (i) simples, quando há apenas dois polos, dois sujeitos; (ii) multipolos, quando existem mais de dois polos; (iii) coletiva, quando um dos polos é um grupo de sujeitos, podendo ser simples ou multipolos.

Essa classificação pode ser aproveitada para a realidade da Administração Pública, que pode ora se deparar com apenas um sujeito, ora com um grupo de sujeitos, como um sindicato, associação de classe ou organização da sociedade civil. Pode, ainda, confrontar-se com um interessado que faça parte de um polo, ou vários interessados formando vários polos de interesses.

4.2. Crítica à negociação por posições

Fischer, Ury e Patton (2018, p. 24) propõem três critérios de análise de uma metodologia de negociação que são: “levar a um acordo sensato”; “ser eficiente”; e “não prejudicar a relação entre as partes”. Ainda trazem a definição do que seria um acordo sensato “como aquele que, na medida do possível, atende aos interesses legítimos de cada lado, resolve conflitos de interesse de forma justa, é durável e leva em conta os interesses da comunidade”.

A partir desses critérios os autores criticam a negociação por posições, que se baseia em as partes assumirem posições, ou seja, estabelecer condições de ganhos em relação à outra, sendo a única forma de a negociação findar em um acordo é com uma ou ambas as partes cedendo suas posições. Para eles, a negociação por posições, que é comumente observada, fracassa nesses critérios, uma vez que gera resultados insensatos, ineficientes e que prejudicam o relacionamento das partes (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 24-27).

O primeiro fracasso é constatado no fato de que “quanto mais atenção se dá às posições, menos é dedicada às preocupações subjacentes das partes”. O segundo é observado quando uma das partes quer impor determinada condição e a outra não quer ceder, fazendo com que esta última adote uma postura de protelação da negociação, aumentando o tempo e os custos. Por fim, o terceiro fracasso ocorre pelo motivo de negociações por posição muitas vezes enfraquecerem relacionamentos, sejam pessoais ou institucionais, podendo levar até mesmo ao encerramento da relação entre as partes (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 26- 27).

Um agravante é quando a negociação por posições acontece em uma negociação multipolos, pois se torna ainda mais difícil o alcance do consenso por meio de concessões mútuas (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 28).

Assim, a negociação pode ser entendida em dois níveis, o primeiro mais evidente relaciona-se ao cerne do que se está negociando. O segundo é relacionado às “regras do jogo”, a forma como se irá negociar. Dito de outra forma, estabelece-se quais princípios irão nortear a negociação (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 31).

No caso da negociação por posições, esse segundo nível relaciona-se às posturas gentil e firme que podem adotar os negociadores. Para Gabbay (2019, p. 131), há uma polarização entre essas duas formas de negociar, levando a problemas de sobreposição uma sobre a outra e de acordos desequilibrados para uma das partes³⁰.

O modelo de negociação de Harvard é uma alternativa ao modelo de negociação por posições, tanto se baseia em princípios distintos, como propõe uma terceira opção de comportamento na negociação.

4.3 Negociação baseada em princípios

Os princípios que regem a negociação sob a metodologia de Harvard são: (i) separe as pessoas do problema; (ii) concentre-se nos interesses, não nas posições; (iii) antes de decidir o que fazer, crie diversas opções com possibilidade de ganhos mútuos; e (iv) insista em que o resultado se baseie em critérios objetivos (FISCHER; URY; PATTON, 2018).

É importante considerar que são termos cunhados com a linguagem de conhecimentos relacionados ao âmbito da negociação, não se podendo interpretá-los como termos jurídicos natos. Não se pretende aqui desconsiderar um interesse público a ser atingido, mas para que uma negociação atinja o momento da celebração de um acordo administrativo, é necessário que a autoridade administrativa considere quais os objetivos do interessado no conflito que se apresenta, fazendo a correta distinção entre os interesse legítimos e os que não encontram respaldo na legalidade e moralidade administrativa. Esse processo permitirá encontrar pontos em comum que devem ser trabalhados com vistas ao consenso.

Fischer, Ury e Patton (2018, p. 51) chamam atenção para um componente psicológico dos negociadores que por vezes não querem ceder a determinada questão por preocupações com a

³⁰ Quando se fala em acordo desequilibrado aqui não se confunde com a justa pactuação desigual na qual nos referimos ao falar da solução equânime dos acordos administrativos.

autoimagem e a reputação, sendo componente que não pode ser desprezado em uma negociação para que seja, de fato, um caminho eficiente.

Passa-se a analisar cada princípio dessa espécie de negociação e como esse pode se relacionar com a aplicação do permissivo genérico pelos tomadores de decisão na esfera administrativa. Vale notar que não são princípios aplicados isoladamente, mas aderem à sistemática dessa espécie de negociação.

4.3.1 Separe as pessoas do problema

Separar pessoas do problema significa entender que um bom acordo não necessariamente é a vitória de uma das partes. Valoriza-se aqui o relacionamento entre os envolvidos na negociação e isso possui grande relevância na administração pública.

Os órgãos de regulação setoriais ao negociarem um acordo com atores submetidos à sua atividade regulatória não deixará de relacionar-se com eles após o término daquela negociação específica ou de um processo judicial. Dessa forma, adotar um comportamento de confronto não é o ideal, pois lesa a confiança entre as partes e pode gerar estereótipos de ambos os lados.

Outro ponto é que o tomador de decisão não é o órgão administrativo ou a Administração Pública, são pessoas que tomam decisões. As pessoas possuem suas compreensões sobre a realidade e são nessas percepções que residem os problemas, não na realidade percebida objetivamente, razão pela qual é onde os problemas devem ser solucionados e devendo-se dar importância aos canais de comunicação entre as partes (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 45-46).

Uma administração pública consensual deve se caracterizar por novos canais de comunicação para captação das opiniões dos que são impactados pela atividade administrativa. Com isso, pelo exemplo dos órgãos regulatórios, é importante que independente de conflitos existam canais tanto com os empresários regulados como com os consumidores para identificação de potenciais irregularidades e situações contenciosas que estejam se estabelecendo, permitindo uma atuação preventiva das autoridades reguladoras.

Por meio desse princípio da negociação em estudo também permite o negociador a adaptar suas propostas com os valores da outra parte, sem renunciar aos próprios valores (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 51).

Relevante esse aspecto, em especial quando a autoridade administrativa se depara com grupos vulneráveis de diferentes vertentes. Cite-se como exemplo demandas por demarcação de terras indígenas, os quais possuem especial relação com a terra, não sendo mero instrumento de geração de riquezas.

4.3.2 Concentre-se nos interesses

Quando se fala sobre a possibilidade de celebração de acordos administrativos, não se trata de negociar o interesse público em si, mas as prerrogativas públicas, ou seja, pactua-se diferentes formas de cumprimento de determinada obrigação que anteriormente somente possuiria a via imperativa e unilateral de busca da solução (PALMA, 2015a, 113-119).

Por isso, quando a autoridade administrativa concede prazo razoável para cumprimento de obrigação que já seria exigível, deixa de aplicar sanção para cumprimento de outra medida pela empresa regulada, entre outras situações, não está dispondo do interesse público, apenas da prerrogativa pública, devendo demonstrar que o interesse público está no caso concreto na solução negociada por ser eficiente e eficaz.

Para além de interesses conflitantes, é preciso encontrar aqueles que são comuns às partes de uma negociação e até mesmo complementares para a construção de um acordo sensato (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 66).

Com isso, quando uma prefeitura vislumbra as possíveis contribuições de uma nova tecnologia que esteja mudando determinada dinâmica social, ao invés de uma regulação rígida na tentativa de adequação em normas preestabelecidas e arrecadação com taxas e impostos, deve abrir canais de diálogo para identificar como essas atividades econômicas podem contribuir para a sociedade local em aspectos de profissionalização, renda, transporte, entre outros fatores. Dessa forma, pode desenhar um modelo de regulação da nova tecnologia mais adequada para os interesses da população e dos empreendedores.

4.3.3 Ganhos mútuos

A autoridade administrativa que se propõe a utilizar a Metodologia de negociação de Harvard deve afastar-se da tendência de pensar em uma solução única para o problema apresentado. Para isso, deve esforçar-se para a criação de opções em um processo bem conhecido pela ciência da administração que é o *brainstorming* (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 83-86).

Esse princípio pode ser melhor observado no primeiro passo da técnica explicada no item 4.4.1.

4.3.4 Critérios objetivos

Para que a avaliação sobre a qualidade de um acordo não recaia somente sobre as percepções subjetivas das partes é necessária a criação de critérios objetivos, ou seja, verificáveis independentemente da vontade dos envolvidos na negociação. Portanto, estipula-se padrões e procedimentos justos, que sirvam para avaliação de ambas as partes (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 110).

A especial importância de estipular critérios objetivos para a administração pública consensual está em identificar medidas de tempo e custos que envolvem o conflito, assim como os critérios objetivos a serem utilizados na avaliação do acordo, para a identificação se este tem atingido os resultados esperados, não por percepções subjetivas, mas por métricas previamente estabelecida.

Portanto, não basta ao gestor público que a concessionária de transporte público não está cumprindo um acordo que tinha por finalidade a melhora da prestação do serviço público, é necessário que esse acordo estipule os critérios objetivos que serão usados na avaliação dos resultados, ou seja, os padrões de qualidade verificáveis no caso concreto.

4.4 Técnica útil para a motivação da decisão consensual

Embora o art. 26 da LINDB não determine expressamente a obrigatoriedade de motivação da decisão discricionária que opta pela via consensual, é aconselhável que se faça, seja em

forma de uma exposição de motivos anexa ao acordo, seja realizada em conjunto com o órgão jurídico para compor o parecer jurídico.

Isso porque a redação do *caput* do artigo traz como um dos requisitos a presença de relevante interesse geral, sendo um conceito indeterminado. Logo, se o acordo administrativo é questionado quanto a sua legalidade e probidade poderá a autoridade administrativa resguardar-se de eventual responsabilização, pois tornará evidente os motivos que levaram a sua decisão.

Dessa forma, ao se demonstrar a carga informações que se tinha à época da tomada de decisão, sendo entendimentos razoáveis sobre as circunstâncias do caso concreto, a autoridade administrativa poderá invocar em sua defesa a normativa do art. 22 e do art. 28, ambos da LINDB. O primeiro como já explicado no capítulo anterior direciona-se ao controle que deve considerar o cenário de informações da época da decisão. O segundo dispositivo, também já mencionado anteriormente, que afasta a responsabilização por opiniões técnicas, desde que não incorram em dolo ou erro grosseiro.

Por meio dessa técnica na fase de preparação da negociação, a autoridade administrativa poderá obter as informações adequadas para a tomada de decisão no caso, não aceitando a celebração de acordos que estejam fora dos parâmetros fixados. Com isso, iniciada a preparação da negociação e desenvolvida a estratégia para a solução do conflito, a autoridade administrativa não necessariamente irá celebrar o acordo, pois saberá quais cláusulas pactuadas aderem ao interesse público no caso concreto.

Com o correto planejamento para a negociação haverá maior segurança jurídica para a criação de soluções inovadoras, pois os órgãos de controle terão o ônus de identificar os vícios das cláusulas pactuadas à luz das informações contidas na motivação da decisão que optou pela via consensual naqueles termos específicos.

Embora se possa questionar o tempo utilizado para a preparação da negociação não seja adequado para a rotina administrativa, é preciso entender que o esforço na obtenção dessas informações irá variar de caso para caso, sendo que as causas mais complexas demandarão maior preparação (LIMA, 2017, p. 57).

Além disso, a coleta contínua de dados que subsidiem o processo de tomada de decisão é essencial. A autoridade administrativa deve ter ciência se os entendimentos adotados nos processos administrativos têm sido confirmados ou reformados pelos órgãos de controle, assim como conhecer o perfil dos litigantes rotineiros contra o Poder Público para o prévio mapeamento de zonas de eventuais conflitos.

Espera-se nesse processo de obtenção de informações uma via de diálogo contínua entre o órgão jurídico e a autoridade administrativa.

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo da técnica que deve ser feita na preparação das negociações, ou seja, deve anteceder a negociação em si e que pode servir de parâmetro para uma tomada de decisão mais segura e que busque um acordo mais justo³¹.

4.4.1. Conhecer a melhor alternativa sem acordo (MASA)³²

Geralmente na preparação de uma negociação, a parte limita-se a estabelecer um resultado mínimo aceitável para um acordo. Caso não alcance esse parâmetro pré-fixado dificilmente cede à proposta da parte contrária. Porém, mais interessante que estipular um resultado mínimo é preparar a negociação tendo como parâmetro a melhor alternativa a um acordo negociado, que “tem vantagem de ser flexível o suficiente para permitir a exploração de soluções criativas” (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 124).

Os fundadores do modelo de negociação baseada em princípios chamam a atenção para a necessidade de se traçar a melhor alternativa sem acordo (MASA) para então se chegar ao acordo sensato. Isso significa identificar qual a ação que será tomada caso o acordo não seja celebrado. Desse modo, as opções de acordo que se aderem aos interesses da parte são aqueles que são melhores que sua MASA (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 124).

³¹ Esse momento se situa entre a demonstração de interesse pela autoridade administrativa ou pelo particular em se buscar um acordo e o efetivo diálogo entre as partes para apresentação de propostas.

³² Fischer, Ury e Patton (2019) utilizam a expressão em inglês *best alternative to a negotiated agreement*, usando a sigla BATNA. Uma tradução mais literal para a expressão seria melhor alternativa à negociação de um acordo, com o uso da sigla MAANA, sendo assim utilizada por Gabbay (2019, p. 134). Porém, preferimos utilizar a expressão melhor alternativa sem acordo, com a sigla MASA, pois entendemos que na língua portuguesa é capaz de expressar melhor a ideia trazida pelos autores norte-americanos. Essa opção é feita por Lima (2017, p. 59) e Moraes (2015, p. 188-189) sem fazer considerações sobre o motivo da escolha.

No contexto da administração pública consensual, deve-se considerar questões como a duração de processos administrativos e judiciais; a possibilidade de obtenção de decisões liminares; a urgência na solução dos conflitos; a possibilidade de medidas fundadas no poder de império; a proximidade do lapso prescricional ou decadencial de determinada pretensão ou direito.

Pode-se assim haver o desenho de uma MASA ou de várias, sendo o desenho de possíveis alternativas precedidas de três etapas sequenciais: (i) elaborar uma lista de ações possíveis caso não se celebre um acordo; (ii) desenvolver as melhores alternativas para a realidade concreta; e (iii) identificar a mais promissora. Ao final da terceira etapa obtém-se a MASA que servirá de parâmetro para um acordo adequado (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 128-129).

Para a realidade da administração pública, a primeira etapa pode envolver aplicação de sanções dotadas de autoexecutoriedade; abertura ou prosseguimento de processo administrativo de caráter sancionador; envio de informações para órgãos jurídicos para ajuizamento de demanda judicial com ou sem pedido de tutela de urgência; apresentação de informações ao Ministério Público para instauração de inquérito civil.

Todas essas opções podem conter diferentes decisões possíveis, devendo ser desenvolvidas na segunda etapa, importando aqui também a coleta de informações necessárias para o sucesso de cada alternativa possível.

É importante ter em conta como os órgãos do Poder Judiciário têm decidido as questões. Se as decisões proferidas na primeira instância têm sido confirmadas ou reformadas pelos tribunais e por quais fundamentos. Se existem precedentes vinculantes sobre a questão a ser objeto de acordo administrativo. Se já existem manifestações dos tribunais superiores sobre a questão. São questões essenciais para o desenho de uma estratégia de negociação adequada.

Por fim, a terceira etapa é a escolha da alternativa que possui maiores chances de obter êxito para o atingimento do interesse público no caso concreto. Essa escolha é provisória, podendo ser modificada com a obtenção de novas informações ao longo do processo de negociação.

Com isso, passa-se a ter o parâmetro, no qual toda proposta e contraproposta de acordo deverá ser ponderada, a fim de obtenção de um acordo alinhado ao interesse público. Assim, quanto melhor for o desenho de uma MASA, melhor será o acordo a ser celebrado (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 129).

Porém, deve-se evitar o equívoco de ao verificar que algum ou todos desses quesitos são favoráveis ao Poder Público é preferível descartar via consensual e escolher a via unilateral e impositiva. Na verdade, o tempo e os custos que envolvem a negociação são potencialmente menores que o litígio, é preciso buscar demonstrar à outra parte essas situações não como imposição ao acordo, mas como possibilidade de solução do conflito de forma mais eficiente. Por exemplo, não serão aplicados honorários de sucumbência, custas processuais, eventuais honorários periciais caso a negociação alcance a celebração de um acordo que se cumprido em prazo razoável será também mais favorável à Administração Pública por ver o cumprimento das obrigações em tempo inferior ao de costume.

Por isso, a produção da MASA serve tanto para o interior da Administração Pública, quanto à outra parte. Não se trata de forma de pressionar a celebração de um acordo, mas a demonstração racional que o acordo pode ser menos custoso e beneficiar ambas as partes.

Caso ainda não haja consolidação do entendimento jurisprudencial, torna-se imprevisível para ambas as partes a via judicial, o que deve ser levado também em consideração na negociação, assim como possíveis discussões sobre a possibilidade de superação de precedentes firmados.

A MASA pode por vezes inclusive identificar que a conduta administrativa que está em dissonância com a interpretação e aplicação do direito pelos órgãos de controle, em especial pelos órgãos do Poder Judiciário que podem dar a palavra final à questão de direito. Nesses casos, é preferível mudar a interpretação da esfera administrativa para se coadunar com o interesse público, ou caso assim entenda, a busca da superação do precedente.

4.4.1.1 A MASA do interessado

É imprescindível que também haja o esforço de desenho da MASA da outra parte que irá negociar, pois a partir dela pode-se fazer uma projeção mais compatível com os reais acontecimentos de uma negociação (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 129).

De especial relevância é essa etapa quando se tratar de grandes litigantes, que rotineiramente possuem conflitos instaurados seja com o Poder Público, seja com outros atores. Nessa situação, pode-se prever as estratégias jurídicas adotadas por esses interessados, se uma postura cooperativa ou de protelação das decisões de mérito.

Recomenda-se verificar processos administrativos e judiciais em andamento que tenham como parte outras esferas da federação e outras entidades da Administração Pública. Nesse ponto, deve-se levar em conta as condenações já impostas ou as vitórias já obtidas.

Pode-se concluir inclusive que seja preferível ajuizar a ação e negociar em juízo à negociação pela via administrativa (FISCHER; URY; PATTON, 2018, p. 129-130).

4.4.1.2 Formalização da MASA

Como apresentada, a motivação pode ser um instrumento essencial para a promoção da segurança jurídica para a autoridade administrativa ao demonstrar os fundamentos que levaram a decisão pela celebração de um acordo administrativo. Uma técnica que oferece informações e parâmetros adequados para uma negociação proposta pelo modelo Harvard de negociação é o desenho da MASA da Administração Pública e dos interessados.

São importantes o acompanhamento e o diálogo constante da autoridade administrativa com os órgãos jurídicos para o confronto dos casos concretos com as interpretações que têm sido dadas pelos órgãos de controle.

Com isso, a preparação para a negociação, em especial a MASA, deve se formalizar seja em um parecer técnico-jurídico, seja em um anexo ao acordo administrativo que demonstre os motivos que levaram a compatibilização da via consensual escolhida com o interesse público.

Regulamentos e atos administrativos de caráter instrucional (como instruções normativas) sobre a celebração de compromissos baseados no art. 26 da LINDB podem prever essa técnica

a ser realizada ao longo do processo administrativo, pois como visto serve para subsidiar a tomada de decisão da autoridade administrativa, inclusive se for o caso de adotar medidas imperativas e unilaterais previamente a uma negociação.

Por fim, cumpre esclarecer que a autoridade administrativa não está obrigada a negociar, tampouco a celebrar o compromisso do art. 26 da LINDB, porém cada vez mais administrar não se trata de fazer o que a lei impõe. É preciso alinhar-se os princípios e práticas de uma boa administração para o atingimento do interesse público no caso concreto, suprindo demandas cada vez maiores e diversificadas dos diferentes setores da sociedade.

CONCLUSÃO

A inclusão do art. 26 à LINDB foi mais um passo para a promoção da consensualidade como via legítima de decisão na Administração Pública brasileira, não sendo o primeiro, tampouco o último passo a ser dado.

Fruto de estudos acadêmicos, a nova LINDB e o permissivo genérico analisado por este trabalho precisa descer das construções teóricas e alcançar a prática administrativa, àqueles que são responsáveis pela tomada de decisões na Administração Pública.

Para além de inovações legislativas e de regulamentos, o desenvolvimento da atuação consensual necessita de mudanças culturais de todos os envolvidos no manuseio do direito público e da introdução de técnicas de negociação que assegurem a congruência dos acordos administrativos ao interesse público verificável no caso concreto.

Esse desenvolvimento propiciará um processo de tomada de decisão racional e um melhor atendimento às demandas legítimas dos diferentes atores sociais e econômicos.

Com o tempo poderá haver a constatação de como tem sido o manuseio do permissivo genérico na prática, inclusive em relação a sua aceitação pelos órgãos de controle. Aliás, o modelo de controle desses acordos não se encontra claro na LINDB e precisa ser desenvolvido com as experiências, sem que haja o desvirtuamento da flexibilidade e dinâmica que exigem a via consensual.

Como se pôde notar, a atuação consensual envolve temas que precisam também serem levados em conta como a relação institucional entre as autoridades administrativas e órgãos jurídicos; a coleta e armazenamento de dados pelo Poder Público para melhor compreensão do comportamento e de eventuais conflitos.

Não se poderia pretender, no entanto, uma mudança drástica pela redação do permissivo genérico. O dispositivo cumpre seu papel, autoriza em caráter geral dando margem para a inovação na prática administrativa.

A orientação da Administração Pública no Brasil para a consensualidade está em curso, muito ainda se precisa trilhar, mas os primeiros passos foram dados de um caminho desconhecido de muitos gestores públicos.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA et al. Ofício nº 219/2018. Sugestão de Veto ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015).

Data: 10.04.2018. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/ofi%CC%81cio-anamatra-n219_sugesta%CC%83o-de-veto-ao-pl-7448_2017_pr.pdf Acesso em: 02.11.20

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

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

_____. Presidência da República. Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm Acesso em: 02.11.20

_____. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1593913219661&disposition=inline> Acesso em: 02.11.20

_____. Projeto de Lei nº 7.448, de 2017. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C72DC743FA75D6EE6C47C24B3BC5377.proposicoesWebExterno2?codteor=1546764&filename=PL+7448/2017 Acesso em: 02.11.20

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. 1ª Edição – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

CARNAES, Mariana. **O Compromisso de Ajustamento de Conduta e Eficiência Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da Administração Pública. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 305-333, jul./dez. 2019.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. **Advocacia Pública e Solução Consensual dos Conflitos**. 2º ed. rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Reflexões epistemológicas sobre os artigos 20 a 30 da LINDB. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 21, n. 1, p. 17- 38, jan./abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 15ª Edição rev. ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como **Chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Rachel Agavino. Ed. ver. e atual. - Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

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, Rafael Vêras de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Data da publicação: 25.05.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> . Acesso em: 13.08.2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 125-145.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 1**: Parte Geral. 17ª Edição rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERRA, Sérgio e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, Salvador, ano 2016, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2m3JcNn>. Acesso em: 11 abr. 2019.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª Edição – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo. Tiradentes, 14.06.2019. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 12.08.2020

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Fases da Negociação – Parte I. In: MARASCHIN, Márcia Uggeri (Coord.). **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. – Brasília: EAGU, 2017, p. 53-72.

LOBO, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 72, abr./jun. 2019, p. 125-146.

MACHADO, Gabriel Soares dos Santos Machado. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB: Consensualidade, Tensões, Sentidos e Processo**. Dissertação (mestre em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre a mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 93-112, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 12.08.2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito** (Fora de série). 22ª Edição rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.792

MIOZZO, Pablo Castro. Fundamentos dos conceitos de hermenêutica jurídica e de interpretação em Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, edição digital, v. XI, n. 3, 2016, p. 369-384.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Técnicas de Negociação no âmbito do Ministério Público. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. 2ª ed. Brasília: CNMP, 2015, p. 165-234.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de e SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: Fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumento 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. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

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

_____. Artigo 23. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Senado Federal, 2015, p. 26-28.

_____. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n.º 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Nota Técnica Conjunta nº 01/2018. Nota Técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015). Data: 13.04.2018.

Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf Acesso em: 02.11.20

SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança Jurídica e Eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal, 2015, p. 7-8.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Consultoria jurídica. *Análise Preliminar do PL 7448/2017*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>. Acesso em: 12.08.2020.

_____. Consultoria jurídica. *Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas*. Disponível em: <http://www.amperj.org/wp-content/uploads/2018/04/Of-parecer-PL7448-2017-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 12.08.2020.

_____. Resolução-TCU nº 305, de 28 de dezembro de 2018. Define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/resolucao-305-2018.htm> Acesso em: 02.11.20

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Tese (pós-doutor em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 91-124.